Die Amtshaftung im schweizerischen Recht mit besonderer Berücksichtigung des bündnerischen Verantwortlichkeitsgesetzes vom 29. Oktober 1944

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

PETER SALZGEBER
von Luzein und St. Antönien-Castels

Juris Druck + Verlag Zürich
1979

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548126_0001

Die Amtshaftung im schweizerischen Recht mit besonderer Berücksichtigung des bündnerischen Verantwortlichkeitsgesetzes vom 29. Oktober 1944

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

PETER SALZGEBER
von Luzein und St. Antönien-Castels

Juris Druck + Verlag Zürich
1979

Die Fakultät hat diese Arbeit am 11. Mai 1978 auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Alfred Maurer als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

ISBN 3 260 04572 4

FÜR MUG UND PAPA

MENSCH SEIN HEISST
VERANTWORTLICH SEIN

Antoine de Saint-Exupéry

VORWORT

Ueber Ziel und Methode der Arbeit orientiert die Einleitung.

Hier ist der Ort zu danken: vorab meinem Lehrer, Herrn Professor Dr. iur. Alfred MAURER, für seine wertvollen Anregungen und Bemühungen als Betreuer der Dissertation; sodann dem PERSONAL der Eidgenössischen Parlaments- und Zentralbibliothek für das stets hilfsbereite Entgegenkommen bei zahlreichen Bücherbestellungen sowie all jenen Personnen, die mir bei der Abfassung der Arbeit bereitwillig mit Auskünften und Unterlagen behilflich waren. Besonderen Dank gebührt Erna Steiger, die mir tatkräftig und geduldig alle Schreibarbeiten abgenommen hat.

Ich danke meinen Eltern, welche mir das Studium ermöglicht haben. Ihnen widme ich deshalb die Arbeit.

Bern/Chur, Ende April 1978

P.S.

INHALTSÜBERSICHT

VORWORT
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS
LITERATURVERZEICHNIS
EINLEITUNG (§ 1)

A L L G E M E I N E R T E I L

G R U N D L A G E N

ERSTER ABSCHNITT:

BEGRIFFLICHE GRUNDLAGEN

1. Unterabschnitt:
Problemübersicht

§ 2 Allgemeine Bemerkungen

§ 3 Haftpflicht nach öffentlichem und privatem Recht

2. Unterabschnitt:
Amtshaftung

§ 4 Übersicht

§ 5 Die Entstehung der Amtshaftung nach historisch-dogmatischen Gesichtspunkten

§ 6 Haftungsmodelle der Amtshaftung und deren Anspruchsinstitute

3. Unterabschnitt:
Das Instrumentarium der Amtshaftung
(Inventur)

§ 7 Die allgemeinen Voraussetzungen der Haftbarmachung im Amtshaftungsrecht

§ 8 Der Kreis der Schadenersatzpflichtigen im Amtshaftungsrecht (Passivlegitimation)

§ 9 Der Kreis der Anspruchsberechtigten im Amtshaftungsrecht (Aktivlegitimation)

§ 10 Die schädigenden Hoheitsverrichtungen (Schädigungsarten)

ZWEITER ABSCHNITT:

DER ANWENDUNGSBEREICH DER AMTSHAFTUNG (SACHLICHER GELTUNGSBEREICH)

§ 11 Allgemeine Grundsätze zum Anwendungsbereich der Amtshaftung

§ 12 Kriterien zur Abgrenzung der Begriffe "hoheitlich" und "gewerblich"

§ 13 Das Verhältnis der Begriffe "hoheitlich", "gewerblich" und "amtlich" zueinander

DRITTER ABSCHNITT:

SYSTEMATISCH-DOGMATISCHE GRUNDLAGEN DER AMTSHAFTUNG

1. Unterabschnitt: Die Amtshaftung im System des öffentlichen Entschädigungsrechts

§ 14 Die Amtshaftung als Institut des öffentlichen Entschädigungsrechts

§ 15 Stellungnahme zu den Vorschlägen, welche eine allgemeine staatliche Entschädigungspflicht unmittelbar aus der Verfassung ableiten

2. Unterabschnitt: Zum Haftungssystem einer zeitgemäss verstandenen Amtshaftung

§ 16 Grundsätzliches zum Haftungssystem der Amtshaftung

§ 17 Gedanken zum Haftungsprinzip einer zeitgemäss ausgestalteten Staatshaftung

§ 18 Zusammenfassung

B E S O N D E R E R T E I L

DIE AUSGESTALTUNG DER AMTSHAFTUNG NACH DEM BÜNDNERISCHEN VERANTWORTLICHKEITSGESETZ VOM 29. OKTOBER 1944

ERSTER ABSCHNITT:

DIE ENTWICKLUNG DER AMTSHAFTUNG IM KANTON GRAÜBUNDEN: RECHTSHISTORISCHER ÜBERBLICK

§ 19 Verfassungsrechtliche Grundlagen

§ 20 Gesetzliche Grundlagen

§ 21 Grundzüge des Verantwortlichkeitsgesetzes (vom 29. Oktober 1944)

ZWEITER ABSCHNITT:

DIE AUSGESTALTUNG DER HAFTUNG NACH DEM BÜNDNERISCHEN VERANTWORTLICHKEITSGESETZ VOM 29. OKTOBER 1944 (VG GR)

1. Unterabschnitt: Der Geltungsbereich des bündnerischen Verantwortlichkeitsgesetzes

§ 22 Der zeitliche Geltungsbereich des bündnerischen Verantwortlichkeitsgesetzes

§ 23 Der persönliche Geltungsbereich des bündnerischen Verantwortlichkeitsgesetzes (VG GR 2)

§ 24 Der sachliche Geltungsbereich des bündnerischen Verantwortlichkeitsgesetzes

§ 25 Kantonale öffentlichrechtliche Körperschaften

§ 26 Selbständige öffentlichrechtliche Anstalten, die dem Kanton angehören

2. Unterabschnitt: Bemerkungen zur Amtshaftung aufgrund des VG GR

§ 27 Bemerkungen zur Beamtenhaftung aufgrund des VG GR

§ 28 Bemerkungen zur Staatshaftung aufgrund des VG GR

DRITTER ABSCHNITT:

DIE RECHTSPRECHUNG DES KANTONSGERICHTS GRAÜBUNDEN ZUM VG GR

§ 29 Die formellrechtliche Seite des VG GR

§ 30 Die Rechtsprechung des Kantonsgerichts Graubünden zum VG GR

VIERTER ABSCHNITT:

ÜBERBLICK UND AUSBLICK

§ 31 Überblick und Ausblick

ANHANG I

ANHANG II

SACHREGISTER

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
VORWORT	V
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	XXIII-XXIX
LITERATURVERZEICHNIS	XXX-LIV

EINLEITUNG

§ 1 EINLEITUNG (1-15)

I. PROBLEMSTELLUNG 1

II. GEGENSTAND UND AUFGABE 5
1. Ausgangspunkt
2. Abgrenzungen
3. Terminologisches

III. METHODISCHES 12
1. Arbeitskonzept
2. Formelle Gestaltung
3. Auslassungen
3.1 Zum Notenapparat
3.2 Literaturauswahl - Kein Rechtsvergleich
3.3 Zum Schriftbild
3.4 Zitierweise

A L L G E M E I N E R T E I L

GRUNDLAGEN

ERSTER ABSCHNITT:

BEGRIFFLICHE GRUNDLAGEN

1. Unterabschnitt: Problemübersicht

§ 2 ALLGEMEINE BEMERKUNGEN (16-26)

I. ÜBERSICHT 16

II. VERANTWORTLICHKEIT (VERANTWORTUNG) 18

Seite

III. HAFTPFLICHT UND HAFTPFLICHTRECHT 21
1. Allgemeines
2. Zur Bedeutung der Haftpflicht
3. Haftpflichtrecht

§ 3 HAFTPFLICHT NACH ÖFFENTLICHEM UND PRIVATEM RECHT (27-50)

I. EXKURS: ZUR EINTEILUNG DER RECHTSORDNUNG IN EINEN ÖFFENTLICHEN UND PRIVATEN RECHTSKREIS 27
1. Zur Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht: Grundsätzliches
2. Zur zeitgemässen Auffassung über das Verhältnis von öffentlichem und privatem Recht
3. Aspekte zur praktischen Bedeutung der Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht
4. Methoden zur Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht
4.1 Zur rechtsförmlichen (normativen) Abgrenzungsmethode
4.2 Zur rechtstheoretischen Abgrenzungsmethode

II. ZUR UNTERSCHEIDUNG ZWISCHEN ÖFFENTLICHEM UND PRIVATEM HAFTPFLICHTRECHT 39
1. Übersicht
2. Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit von Staat und Beamten nach Privatrecht
3. Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit von Staat und Beamten nach öffentlichem Recht (Amtshaftung)

III. ERGEBNIS DER BETRACHTUNGEN 50

2. Unterabschnitt:
Amtshaftung

§ 4 ÜBERSICHT 51-56

§ 5 DIE ENTSTEHUNG DER AMTSHAFTUNG NACH HISTORISCH-DOGMATISCHEN GESICHTSPUNKTEN (57-85)

I. ENTWICKLUNGSGESCHICHTLICHE ABSCHNITTE 58
1. Übersicht
2. Die Beamtenhaftung als Institut des Privatrechts (Eigenhaftung des schädigenden Beamten)
3. Die Staatshaftung als Institut des Privatrechts

Seite

4. Die Staatshaftung als Institut des öffentlichen Rechts

II. DIE AMTSHAFTUNG IM ZEITPUNKT DER KODIFIKATION DES ZGB 73
1. Übersicht
2. Haftungsrechtliche Grundsätze als Folge der kantonalen Rechtssetzungskompetenz im Amtshaftungsrecht
2.1 Im Bereich der externen Beamtenhaftung
2.2 Im Bereich der internen Beamtenhaftung
2.3 Im Bereich der Staatshaftung

III. DIE ENTWICKLUNG DER KANTONALEN AMTSHAFTUNGSGESETZGEBUNG SEIT DER KODIFIKATION (ÜBERBLICK) 81

IV. ERGEBNIS DER HISTORISCH-DOGMATISCHEN BETRACHTUNGEN 83

§ 6 HAFTUNGSMODELLE DER AMTSHAFTUNG UND DEREN ANSPRUCHSINSTITUTE (86-119)

I. DAS HAFTUNGSMODELL DER BEAMTENHAFTUNG 86
1. Die externe Beamtenhaftung
1.1 Die ausschliessliche Haftung des Beamten
1.2 Die primäre Haftung des Beamten neben der subsidiären Staatshaftung
1.3 Die solidare Haftung des Beamten und des Staates

2. Die interne Beamtenhaftung
2.1 Die Haftung des Beamten gegenüber dem Staat für direkte Schädigung
2.2 Die Haftung des Beamten gegenüber dem Staat für indirekte Schädigung

II. DAS HAFTUNGSMODELL DER STAATSHAFTUNG 93
1. Grundsätzliches
1.1 Zur Frage der Rechtspersönlichkeit des Staates (Bund, Kanton, Kreis, Gemeinde) im hoheitlichen Bereich
1.2 Zur Terminologie im Staatshaftungsrecht
1.3 Übersicht

2. Die Anspruchsinstitute der Staatshaftung
2.1 Die subsidiäre Staatshaftung
2.2 Die solidare (solidarische) Staatshaftung
2.3 Die primäre Staatshaftung
2.4 Die originäre Staatshaftung

Seite

2.4.1 Die originäre Staatshaftung im rechtsdogmatischen Sinn (Organisations-, Verbandshaftung)
2.4.2 Die originäre Staatshaftung im positiven Recht

3. Staatshaftung als Verantwortlichkeit für eigenes Verhalten - Staatshaftung als Verantwortlichkeit für fremdes Verhalten
3.1 Die Beurteilung der Staatshaftung in Analogie zur Haftung der juristischen Person des Privatrechts
3.2 Die Staatshaftung öffentlichrechtlich beurteilt

III. ERGEBNIS DER BETRACHTUNGEN 117
1. Zusammenfassung
2. Übersicht: Haftung des Gemeinwesens und seiner Funktionäre

3. Unterabschnitt: Das Instrumentarium der Amtshaftung (Inventur)

§ 7 DIE ALLGEMEINEN VORAUSSETZUNGEN DER HAFTBARMACHUNG IM AMTSHAFTUNGSRECHT (121-190)

I. ÜBERSICHT 121

II. SCHADEN UND IMMATERIELLE UNBILL (GENUGTUUNG) 122
1. Schaden
1.1 Die Schadenersatzbemessung im Amtshaftungsrecht
1.2 Der Umfang des Schadenersatzanspruchs im Amtshaftungsrecht
2. Genugtuung

III. VERSCHULDEN 136
1. Vorsatz
2. Fahrlässigkeit
2.1 Grobe Fahrlässigkeit
2.2 Leichte Fahrlässigkeit

IV. KAUSALZUSAMMENHANG 146
1. Begriff
2. Kritik an der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang
2.1 Alternativen zur Lehre vom adäquaten Kausalablauf
2.2 Stellungnahme zu den Alternativen zur Lehre vom adäquaten Kausalablauf

Seite

2.3 Die Aufnahme der Lehren vom Normzweck bzw. derjenigen vom Rwz in der schweizerischen Doktrin
2.4 Die Bedeutung der Lehre vom Normzweck bzw. derjenigen vom Rwz im Amtshaftungsrecht

V. WIDERRECHTLICHKEIT 158
1. Problematik
1.1 Der Begriff der Widerrechtlichkeit (Rechtswidrigkeit)
1.1.1 Im allgemeinen
1.1.2 Im Amtshaftungsrecht im besonderen
1.2 Die Behandlung des Widerrechtlichkeitsproblems in dieser Arbeit

2. Problemanalyse
2.1 Der Verantwortungsbereich der derivativen Staatshaftungsformen
2.2 Der Verantwortungsbereich der originären Staatshaftung im rechtsdogmatischen Sinn

3. Der gegenwärtige Rechtszustand (Rechtswirklichkeit)

4. Der Soll-Zustand
4.1 Die Funktion der Staatshaftung im materiellen Rechtsstaat
4.1.1 Das Merkmal der Unmittelbarkeit
4.1.2 Das Merkmal der Hoheitlichkeit
4.1.3 Das Merkmal der Widerrechtlichkeit
4.2 Die Beurteilung der Widerrechtlichkeit bei der originären Staatshaftung im Sinne der Organisationshaftung
4.2.1 Die originäre Staatshaftung als Verwirklichung der Rechtsstaatsidee
4.2.2 Die Rechtsverletzung (Rechtsgut- bzw. Rechtsanspruchsverletzung) sowie die Art und Weise der Schädigung als Bestimmungsfaktoren des Widerrechtlichkeitsbegriffes
4.3 Zusammenfassung

§ 8 DER KREIS DER SCHADENERSATZPFLICHTIGEN IM AMTSHAFTUNGSRECHT (PASSIVLEGITIMATION) (191-199)

I. ALLGEMEINES 191

II. DER BEGRIFF DES BEAMTEN IM AMTSHAFTUNGSRECHT 193
1. Der haftungsrechtliche (funktionelle) Beamtenbegriff
2. Der staatsrechtliche Beamtenbegriff

Seite

III. DER BEGRIFF DER HAFTENDEN KÖRPERSCHAFTEN (STAAT, GEMEINWESEN, ÖFFENTLICHE HAND) 197
1. Terminologie
2. Die haftende Körperschaft

§ 9 DER KREIS DER ANSPRUCHSBERECHTIGTEN IM AMTSHAFTUNGSRECHT (AKTIVLEGITIMATION) (200-201)

I. ALLGEMEINES 200

II. DER GESCHÄDIGTE DRITTE 201

§ 10 DIE SCHÄDIGENDEN HOHEITSVERRICHTUNGEN (SCHÄDIGUNGSARTEN) (202-224)

I. DIE HAFTUNG FÜR LEGISLATIVES UNRECHT 203

II. DIE HAFTUNG FÜR JUDIKATIVES UNRECHT 207

III. DIE HAFTUNG FÜR HOHEITLICH-RECHTSWIDRIGE VERWALTUNGSVERRICHTUNGEN 209
1. Allgemeines
2. Erscheinungsformen der Hoheitsverwaltung
2.1 Die Eingriffsverwaltung (obrigkeitliche Verwaltung)
2.2 Die schlichte Hoheitsverwaltung
2.3 Exkurs: Die Haftung des Gemeinwesens für den mangelhaften Unterhalt öffentlicher Verkehrsflächen
3. Regelungsgehalt der Verwaltungsverrichtungen (Einwirkungsform)
3.1 Realakte (Tathandlungen)
3.2 Rechtsakte (Rechtshandlungen)
4. Ergebnis der Betrachtungen
4.1 Zusammenfassung
4.2 Übersicht

ZWEITER ABSCHNITT:

DER ANWENDUNGSBEREICH DER AMTSHAFTUNG (SACHLICHER GELTUNGSBEREICH)

§ 11 ALLGEMEINE GRUNDSÄTZE ZUM ANWENDUNGSBEREICH DER AMTSHAFTUNG (226-228)

I. ÜBERSICHT 226

II. TERMINOLOGISCHES 227

Seite

§ 12 KRITERIEN ZUR ABGRENZUNG DER BEGRIFFE "HOHEITLICH" UND "GEWERBLICH" (229-232)

I. IM ALLGEMEINEN 229

II. IM EINZELNEN 230

§ 13 DAS VERHÄLTNIS DER BEGRIFFE "HOHEITLICH", "GEWERBLICH" UND "AMTLICH" ZUEINANDER (233-244)

I. ARTIKEL 61 OR 233
1. Der Wortlaut von OR 61
2. Die Bedeutung von OR 61

II. ZUR BEDEUTUNG VON OR 61 ALS MITTEL ZUR LÜCKENFÜLLUNG IM ÖFFENTLICHEN HAFTPFLICHTRECHT 237

III. STELLUNGNAHME ZU DIESEN ABGRENZUNGSMETHODEN 239
1. Grundsätzliches
2. Die falschen Voraussetzungen
3. Der Aspekt der Irreführung
4. Die rechtstheoretischen Bedenken

DRITTER ABSCHNITT:

SYSTEMATISCH-DOGMATISCHE GRUNDLAGEN DER AMTSHAFTUNG

1. Unterabschnitt:
Die Amtshaftung im System des öffentlichen Entschädigungsrechts

§ 14 DIE AMTSHAFTUNG ALS INSTITUT DES ÖFFENTLICHEN ENTSCHÄDIGUNGSRECHTS (245-257)

I. DAS ÖFFENTLICHE ENTSCHÄDIGUNGSRECHT 245

II. VERFASSUNGSRECHTLICHE GRUNDSÄTZE ALS RECHTSGRUND DER STAATLICHEN ENTSCHÄDIGUNGSPFLICHT 249
1. Die Eigentumsgarantie (BV 22 ter)
2. Der Grundsatz der Lastengleichheit als Ausfluss des Willkürverbots im Rahmen von BV 4
3. Andere verfassungsrechtliche Grundsätze

III. DIE BEDEUTUNG DES LEGALITÄTSPRINZIPS IM AMTSHAFTUNGSRECHT 254
1. Allgemeines
2. Im Amtshaftungsrecht im besonderen

Seite

§ 15 STELLUNGNAHME ZU DEN VORSCHLÄGEN, WELCHE EINE ALLGEMEINE STAATLICHE ENTSCHÄDIGUNGSPFLICHT UNMITTELBAR AUS DER VERFASSUNG ABLEITEN (258-265)

I. DIE AUFNAHME DER VORSCHLÄGE IN DER JUDIKATUR 259

II. DIE JUSTIZIABILITÄT DER VORSCHLÄGE 260

III. DER RECHTSSYSTEMATISCHE ASPEKT 264

2. Unterabschnitt:
Zum Haftungssystem einer zeitgemäss verstandenen Amtshaftung

§ 16 GRUNDSÄTZLICHES ZUM HAFTUNGSSYSTEM DER AMTSHAFTUNG (267-276)

I. ÜBERSICHT 267
1. Terminologisches
2. Allgemeine Bemerkungen

II. DAS HAFTUNGSPRINZIP DER BEAMTENHAFTUNG 270

III. DAS HAFTUNGSPRINZIP DER STAATSHAFTUNG 271
1. Die positivrechtliche Ausgangslage
2. Gründe, welche für die Kausalhaftung als Haftungsprinzip der Staatshaftung sprechen

§ 17 GEDANKEN ZUM HAFTUNGSPRINZIP EINER ZEITGEMÄSS AUSGESTALTETEN STAATSHAFTUNG (277-284)

I. IM ALLGEMEINEN 277

II. DIE KAUSALHAFTUNG ALS HAFTUNGSPRINZIP EINER RECHTSSTAATLICH VERSTANDENEN STAATSHAFTUNG 278

§ 18 ZUSAMMENFASSUNG (285-288)

I. DIE ÖFFENTLICHRECHTLICHE UND DIE PRIVATRECHTLICHE HAFTUNGSORDNUNG STEHEN UNABHÄNGIG NEBENEINANDER 285

II. DAS RECHTSSTAATSPRINZIP STAATLICHER VERANTWORTLICHKEIT 286

III. DIE IDEE DER ORIGINÄREN STAATSHAFTUNG (IM RECHTSDOGMATISCHEN SINN) ALS VERWIRKLICHUNG DES RECHTSSTAATSPRINZIPS 287

Seite

B E S O N D E R E R T E I L

DIE AUSGESTALTUNG DER AMTSHAFTUNG NACH DEM BÜNDNERISCHEN VERANTWORTLICHKEITSGESETZ VOM 29. OKTOBER 1944

ERSTER ABSCHNITT:

DIE ENTWICKLUNG DER AMTSHAFTUNG IN KANTON GRAUBÜNDEN: RECHTSHISTORISCHER ÜBERBLICK

§ 19 VERFASSUNGSRECHTLICHE GRUNDLAGEN 291

§ 20 GESETZLICHE GRUNDLAGEN (292-302)

I. VORARBEITEN ZUM ERLASS EINES KANTONALEN VERANTWORTLICHKEITSGESETZES 292
1. Erste Vorarbeiten
2. Zweiter Anlauf

II. GESETZ ÜBER DIE VERANTWORTLICHKEIT DER BEHÖRDEN, BEAMTEN UND ÖFFENTLICHEN ANGESTELLTEN VOM 16. NOVEMBER 1902 (aVG) 295
1. Allgemeine Bemerkungen
2. Die Grundzüge des Verantwortlichkeitsgesetzes von 1902 (aVG)
3. Die Unzulänglichkeiten des aVG und die Vorarbeiten zum Erlass eines neuen Verantwortlichkeitsgesetzes

III. BOTSCHAFT DES KLEINEN RATES AN DEN GROSSEN RAT VOM 13. MÄRZ 1942 ÜBER DIE REVISION DES VERANTWORTLICHKEITSGESETZES 298

IV. DIE BEHANDLUNG DER VORLAGE IM GROSSEN RAT 301

§ 21 GRUNDZÜGE DES VERANTWORTLICHKEITSGESETZES (VOM 29. OKTOBER 1944) (303-313)

I. RECHTSDOGMATISCHE MERKMALE DES VG GR 303

II. GRUNDSÄTZLICHE BEMERKUNGEN ZUM VG GR AUS RECHTSDOGMATISCHER SICHT 305
1. Im allgemeinen
2. Im besonderen
2.1 Zur Haftung des Kantons, der kantonalen selbständigen Anstalten sowie der Bezirke (VG GR 8)

Seite

2.2 Zur Haftung der Kreise, Gemeinden und übrigen selbständigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten (VG GR 9)

III. VERGLEICH ZWISCHEN DEM aVG UND DEM VG GR 311

IV. REDAKTIONELLE MÄNGEL DES VG GR 312

ZWEITER ABSCHNITT:

DIE AUSGESTALTUNG DER HAFTUNG NACH DEM BÜNDNERISCHEN VERANTWORTLICHKEITSGESETZ VOM 29. OKTOBER 1944 (VG GR)

1. Unterabschnitt:
Der Geltungsbereich des bündnerischen Verantwortlichkeitsgesetzes

§ 22 DER ZEITLICHE GELTUNGSBEREICH DES BÜNDNERISCHEN VERANTWORTLICHKEITSGESETZES 315

§ 23 DER PERSÖNLICHE GELTUNGSBEREICH DES BÜNDNERISCHEN VERANTWORTLICHKEITSGESETZES (VG GR 2) (316-320)

I. TERMINOLOGISCHES 316
1. Die Dienststelle
2. Das Amt
3. Die Behörde

II. DER BEGRIFF DER BEHÖRDE AUFGRUND DES VG GR 317

III. DER BEGRIFF DES BEAMTEN AUFGRUND DES VG GR 318

§ 24 DER SACHLICHE GELTUNGSBEREICH DES BÜNDNERISCHEN VERANTWORTLICHKEITSGESETZES (321-331)

I. KANTON, BEZIRK, KREIS 322
1. Der Kanton Graubünden
2. Bezirk
3. Kreis

II. GEMEINDE, GEMEINDEARTEN, GEMEINDEVERBÄNDE 324
1. Gemeinde
2. Gemeindearten
2.1 Die politische Gemeinde (Einwohnergemeinde)
2.2 Die Bürgergemeinde
2.3 Die Kirchgemeinde
2.4 Öffentlichrechtliche Organisationen innerhalb der Gemeinde

Seite

2.4.1 Gemeindefraktionen
2.4.2 Gemeindekorporationen
3. Gemeindeverbände

III. DIE "ÜBRIGEN" ÖFFENTLICHRECHTLICHEN KÖRPERSCHAFTEN UND SELBSTÄNDIGEN ANSTALTEN (VG GR 1 ABS. 1) 330

§ 25 KANTONALE ÖFFENTLICHRECHTLICHE KÖRPERSCHAFTEN (332-336)

I. DIE MERKMALE (BEGRIFF, WESEN, ZWECK) ÖFFENTLICHRECHTLICHER KÖRPERSCHAFTEN 332

II. DIE ARTEN ÖFFENTLICHRECHTLICHER KÖRPERSCHAFTEN 334
1. Gebietskörperschaften
2. Personalkörperschaften
3. Realkörperschaften

§ 26 SELBSTÄNDIGE ÖFFENTLICHRECHTLICHE ANSTALTEN, DIE DEM KANTON ANGEHÖREN (337-352)

I. DIE MERKMALE (BEGRIFF, WESEN, ZWECK) DER SELBSTÄNDIGEN ÖFFENTLICHRECHTLICHEN ANSTALTEN 337

II. ZUR ABGRENZUNG ZWISCHEN SELBSTÄNDIGEN UND UNSELBSTÄNDIGEN ÖFFENTLICHRECHTLICHEN ANSTALTEN 338

III. BEISPIELE ÖFFENTLICHRECHTLICHER ANSTALTEN DES KANTONALEN RECHTS MIT EIGENER RECHTSPERSÖNLICHKEIT 342
1. Gebäudeversicherungsanstalt des Kantons Graubünden (GVA)
1.1 Wesen und Aufbau
1.2 Die Haftungsverhältnisse
2. Graubündner Kantonalbank (GKB)
2.1 Wesen und Aufbau
2.2 Die Haftungsverhältnisse
3. Kantonale Familienausgleichskasse (KFK)
3.1 Wesen und Aufbau
3.2 Die Haftungsverhältnisse
4. Ausgleichskasse des Kantons Graubünden (KAK)
4.1 Wesen und Aufbau
4.2 Die Haftungsverhältnisse

2. Unterabschnitt:
Bemerkungen zur Amtshaftung aufgrund des VG GR

§ 27 BEMERKUNGEN ZUR BEAMTENHAFTUNG AUFGRUND DES VG GR (353-359)

Seite

I. DIE AMTSPFLICHTSVERLETZUNG 354

II. DIE HAFTUNG DES BEAMTEN BEI FEHLENDER URTEILSFÄHIGKEIT (VG GR 6) 356

III. DIE DECKUNG DES SCHADENS - RÜCKGRIFF 357

IV. BESONDERE FÄLLE 358
1. Die Haftung von Kollegialbehörden (VG GR 17)
2. Die Haftung Mehrerer (VG GR 18)

§ 28 BEMERKUNGEN ZUR STAATSHAFTUNG AUFGRUND DES VG GR (360-373)

I. IM ALLGEMEINEN 360

II. EXKURS: ZUR HAFTUNG DES RÄTISCHEN KANTONS- UND REGIONALSPITALS (RKRSP) 362
1. Das untersuchte Schädigungspotential
2. Die rechtliche Ausgangslage
2.1 Die Praxis des Bundesgerichts
2.2 Die Praxis des Kantonsgerichts Graubünden
3. Zur Rechtsnatur des RKRSP
3.1 Vorbemerkungen
3.2 Wesen und Aufbau des RKRSP
3.3 Die Stiftungsurkunde des RKRSP vom 3.4.1937/ 23.9.1955/19.3.1973
4. Die Haftungsverhältnisse aus dem allgemeinen Benützungsverhältnis des RKRSP

DRITTER ABSCHNITT:

DIE RECHTSPRECHUNG DES KANTONSGERICHTS GRAUBÜNDEN ZUM VG GR

§ 29 DIE FORMELLRECHTLICHE SEITE DES VG GR 374-375

§ 30 DIE RECHTSPRECHUNG DES KANTONSGERICHTS GRAUBÜNDEN ZUM VG GR 376

VIERTER ABSCHNITT:

ÜBERBLICK UND AUSBLICK

§ 31 ÜBERBLICK UND AUSBLICK 377

ANHANG I 378-382

ANHANG II 383-388

SACHREGISTER 389-399

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

ABKÜRZUNGEN

- Für die hier nicht verzeichneten, allgemeingebräuchlichen Abkürzungen wird auf die Zusammenstellung bei Karl OFTINGER, Vom Handwerkszeug des Juristen und seiner Schriftstellerei (5.A. Zürich 1974) S. 14ff. verwiesen.

- Abgekürzte Bezeichnungen der zitierten Literatur erklärt das Literaturverzeichnis.

- Für die Abkürzung kantonaler Erlasse - so vor allem der kantonalen Verantwortlichkeits- oder Haftungsgesetze - werden für die Kantonsnamen die Autokennzeichen verwendet.

* * *

A.	Auflage
a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
a.E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft
AHVG	BG über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (vom 20.12.1946), SR 831.10
AHVV	VVO über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (vom 30.10.1947), SR 831.101
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
aOR	BG über das Obligationenrecht (vom 14. Brachmonat 1881), AS NF 5 (1880-1881) S. 635ff.

Art.	Artikel
aVG	Gesetz über die Verantwortlichkeit der Behörden, Beamten und öffentlichen Angestellten des Kts. GR (vom 16.11.1902), AS GR 6 (1896-1910) S. 276ff.
Bd.	Band
Bes.VO	Besoldungs-Verordnung
betr.	betreffend
BG	Bundesgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (vom 18.8.1896), (Deutschland)
BGer.	Schweizerisches Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof
BR	Bündner Rechtsbuch (1976)
BRB	Bundesratsbeschluss
BRD	Bundesrepublik Deutschland
Bspl(e).	Beispiel(e)
bsplw.	beispielsweise
BUTYRA	Schweizerische Zentralstelle für Butterversorgung
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (vom 29.5.1874), SR 101
BVA	Brandversicherungsanstalt des Kts. GR (bis zum 12.4.1970; heute vgl. GVA)
bzw.	beziehungsweise
c.	contra, contre = gegen
CC	Code civil, Codice civile = Zivilgesetzbuch
CGB	Bündnerisches Civilgesetzbuch (vom 1.9.1862), Ausgabe mit Erläuterungen des Gesetzesredaktors P.C.PLANTA; Separatdruck (Chur 1863)
CO	Code des obligations suisse = OR
dergl.	dergleichen
ders.	derselbe (Autor)
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
EGz...	Einführungsgesetz zum ... (ergänzt durch die Bezeichnung des Gesetzes)

EHG	BG betr. die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmungen und der Post (vom 28.3. 1905), SR 221.112.741
eidg.	eidgenössisch
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EMD	Eidgenössisches Militärdepartement
EntG	BG über die Enteignung (vom 20.6.1930), SR 711
ev.	eventuell
f.	für; und folgende (Seite, Nummer usw.)
ff.	und folgende (Seiten, Nummern usw.)
FN	Fussnote
GG	Gemeindegesetz des Kts. GR (vom 28.4.1974), BR 175.050
GG BRD	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (vom 23.5.1949)
GGF	Genossenschaft für Getreide- und Futtermittel
GKB	Graubündner Kantonalbank
gl.M.	gleicher Meinung
GSchG	BG über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung (Gewässerschutzgesetz, vom 8.10.1971), SR 814.20
GVA	Gebäudeversicherungsanstalt des Kts. GR (seit 12.4. 1970, vgl. Gesetz über die Gebäudeversicherung im Kt. GR, BR 830.100) - vgl. auch sub BVA
HG	Haftungsgesetz
h.L.	herrschende (heutige) Lehre
hrg.	herausgegeben
HSG	Hochschule St. Gallen für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften
i.d.L.	in der Literatur
i.d.R.	in der Regel
i.d.S.	in diesem Sinne
i.e.S.	im engeren Sinne
insbes.	insbesondere
i.S.	in Sachen
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne

Jg.	Jahrgang
KAK	Ausgleichskasse des Kts. GR
kant.	kantonal
KFK	Kantonale Familienausgleichskasse GR
KGer.	Kantonsgericht
Kt(e)(s).	Kanton, Kantone, Kantons
KUVG	BG über die Kranken- und Unfallversicherung (vom 13.6.1911), SR 832.01
KV	Kantonsverfassung
LFG	BG über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz vom 21.12.1948), SR 748.0
lit.	litera = Buchstabe
MaschSchr.	Maschinenschrift
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
MO	(BG vom 12.4.1907 über die) Militärorganisation der Schweizerischen Eidgenossenschaft, SR 510.10
NF	Neue Folge
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege (vom 16.12.1943), SR 173.110
OR	BG betr. die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (vom 30.3.1911), SR 220
P	Postulat
p.	page = Seite
Pkt(e).	Punkt(e)
RB	Bündner Rechtsbuch (1957)
RKRSP	Rätisches Kantons- und Regionalspital Chur
Rwz	Rechtswidrigkeitszusammenhang
S.	Seite
s.a.	siehe auch
SBB	Schweizerische Bundesbahnen
SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs (vom 11.4.1889), SR 281.1

sog.	sogenannt
Sp.	Spalte
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch (vom 21.12.1937), SR 311.0
StPO GR	Gesetz über die Strafrechtspflege des Kts. GR (Strafprozessordnung vom 8.6.1958), BR 350.000
StR	Ständerat
SVG	BG über den Strassenverkehr (vom 19.12.1958), SR 741.01
TVG	BG betr. den Telegrafen- und Telefonverkehr (vom 14.10.1922), SR 748.10
u.a.	unter anderem (anderen); und andere(s)
v.a.	vor allem
VG	Verantwortlichkeitsgesetz
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VRV	VO über die Strassenverkehrsregeln (vom 13.11.1962), SR 741.11
VVG	BG über den Versicherungsvertrag (vom 2.4.1908), SR 221.229
VVG GR	Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kt. GR (Verwaltungsgerichtsgesetz vom 9.4.1967), BR 370.100
VVO	Vollziehungsverordnung
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (vom 10.12.1907), SR 210
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung des Kts. GR (vom 20.6.1954), BR 320.000
z.Zt.	zur Zeit

VERZEICHNIS DER ABGEKÜRZT ZITIERTEN PERIODIKA

AcP	Archiv für civilistische Praxis (Tübingen)
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide (Aarau)
AS	Eidgenössische Gesetzessammlung. Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen. Titel seit 1948: Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen. Seit 1969: Sammlung der Eidgenössischen Gesetze
AS ...	(ergänzt durch die Kantonsbezeichnung) Amtliche Sammlung des Kantons ...
ASR	Abhandlungen zum schweizerischen Recht (Bern)
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Bern)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes. Amtliche Sammlung (Lausanne)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
BlZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
BTJP	Berner Tage für Juristische Praxis (Bern)
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung (Bern), ab 1976 (bis 1975 vgl. sub MBVR)
BZ	Bündner Zeitung (Chur)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Köln)
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
GRP	Grossratsprotokoll GR
GVP	Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kts. GR (Chur)
JdT	Journal des Tribunaux (Lausanne)
JZ	Juristenzeitung (Tübingen)
MBVR	Monatschrift für Bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen (Bern), bis 1975 (ab 1976 vgl. sub BVR)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München und Frankfurt am Main)
PKG	Die Praxis des Kantonsgerichts von Graubünden (Chur)
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts (Basel)
PVG	Praxis des Verwaltungsgerichts des Kts. GR (Chur)
RP	Rekurspraxis der Regierung und des Grossen Rates von Graubünden (Davos)

Sem jud	La Semaine judicaire (Genf)
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
StenBull.	Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung; seit 1967: Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (Bern)
SVZ	Schweizerische Versicherungszeitschrift (Bern)
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung (Bern)
TA	Tages Anzeiger (Zürich)
VEB	Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden (Bern); bis 1963 (ab 1964 vgl. sub VPB)
VerwArch.	Verwaltungsarchiv (Köln/Berlin)
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (Bern), ab 1964 (bis 1963 vgl. sub VEB)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Berlin)
WR	Wirtschaft und Recht (Zürich)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Frankfurt)
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Bern)

LITERATURVERZEICHNIS

Das Literaturverzeichnis ist alphabetisch nach den Familiennamen der Verfasser geordnet. Fehlen Angaben über den Familiennamen, werden die Schriften nach Stichworten eingereiht.

Vereinzelt finden sich in den Anmerkungen weitere Literaturangaben. Das gilt vor allem für Besprechungen von Urteilen und Rezensionen von Arbeiten.

Schriften, bei denen auf dem Titelblatt lediglich die Initiale des Vornamens und der Familienname des Verfassers erscheinen, werden auch in dieser Form verzeichnet.

Schriften desselben Verfassers sind chronologisch vermerkt, die älteren voran.

Untertitel werden nur aufgeführt, sofern sie wesentlichen Aufschluss über den Inhalt einer Schrift geben.

Dissertationen werden i.d.R. nach der Universitätsstadt und dem Erscheinungsjahr aufgeführt, nicht nach dem Verlagsort und dem Jahr ihrer Annahme.

Ist dieselbe Arbeit in verschiedenen Veröffentlichungen erschienen, wird im Verzeichnis die tatsächlich benutzte Ausgabe erwähnt.

Werke, die jedermann geläufig sind, werden nur mit dem Familiennamen (ohne Angabe des Vornamens des Verfassers) aufgeführt.

Das Manuskript wurde Ende Oktober 1977 abgeschlossen. Die einschlägige Literatur ist bis zu diesem Zeitpunkt berücksichtigt.

ALBRECHT, Ernst	Der Staat - Idee und Wirklichkeit (Tübingen 1976)
ARIOLI, Silvio	Das Verbot der willkürlichen und der rechtsungleichen Rechtsanwendung im Sinne von Art. 4 der Bundesverfassung (Basel/Stuttgart 1968), in: Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 84
BAEUMLIN, Richard	Verfassung und Verwaltung in der Schweiz, in: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, Festschrift für Hans Huber zum 60. Geburtstag (Bern 1961) 69ff.
BARTLSPERGER, Richard	Die Folgen von Staatsunrecht als Gegenstand der Gesetzgebung, in: NJW 21 (1968) II 1697ff.
BECKER, H.	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI: Obligationenrecht, 1. Abt.: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 (2.A. Bern 1941)
BENDER, Bernd	Staatshaftungsrecht. Schadenersatz-, Entschädigungs- und Folgenbeseitigungspflichten aus hoheitlichem Unrecht (Karlsruhe 1971)
BERICHT	Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung (Bern 1977)
BERNHARDT, Rudolf/ STEIN, Torsten	Zur Reform des Staatshaftungsrechts. Einleitung zum rechtsvergleichenden Gutachten des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (hrg. vom Bundesministerium der Justiz, Dezember 1975)
BEYERLIN, U.	Amtshaftung der Europäischen Gemeinschaften (vgl. sub R.BERNHARDT/T.STEIN) 125ff.
BEZZOLA, Clo Duri	Der Einfluss des privaten auf die Entwicklung des öffentlichen Schadenersatzrechtes in der Schweiz, in Deutschland und in Frankreich (Diss. Zürich 1960)
BIEDENKOPF, Kurt H.	Rechtsfragen der Konzentration, in: ZBJV 108 (1972) 1ff.

BINSWANGER, Robert — Die Haftungsverhältnisse bei Militärschäden (Diss. Zürich 1969), in: Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft NF Heft 324

BIRCHMEIER, W. — Handbuch des BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (Zürich 1950)

BOEHME, Rolf — Die Beschränkung der Amtshaftung auf die Hoheitsverwaltung (Diss. Freiburg im Breisgau 1969)

BOLLIGER, Rudolf — Der Spitalarzt im Arbeitsverhältnis (Diss. Bern 1976)

BORTER, Jakob Alfred — Die Haftung des Gemeinwesens für Werkschaden (Diss. Bern 1938)

BOTSCHAFT VG/GR — Botschaft des Kleinen Rates an den Grossen Rat (des Kts. Graubünden) vom 13. März 1942 über die Revision des Verantwortlichkeitsgesetzes, in: Botschaften des Kleinen Rates an den Grossen Rat 1942, Heft 1, S. 1ff.

BOTSCHAFT TG — Botschaft des Regierungsrates des Kts. Thurgau vom 5.4.1977 betr. das Gesetz über die Aenderung von § 20 der KV und betr. das Gesetz über die Verantwortlichkeit der Gemeinwesen, Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz)

BOTSCHAFT VS — Botschaft des Staatsrates des Kts. Wallis vom 17.9.1975 betr. die Abänderung des Artikels 21 der Kantonsverfassung vom 8. März 1907

von BUEREN, Bruno — Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (Zürich 1964) - zit. OR AT

von BUEREN, Bruno — Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (Zürich 1972) - zit. OR BT

BURCKHARDT, Walther — Die Organisation der Rechtsgemeinschaft (2.A. Zürich 1944, Nachdruck 1971) - zit. Organisation der Rechtsgemeinschaft

BURCKHARDT, Walther — Einführung in die Rechtswissenschaft (2.A. Zürich 1948, Nachdruck 1971) - zit. Einführung

BURKI, Franz — Produktehaftpflicht nach schweizerischem und deutschem Recht (Diss. Bern 1976)

CADUFF, Renato — Der Amtszwang in den autonomen Satzungen Graubündens (Diss. Zürich 1958)

von CAEMMERER, H. — Landesbericht Frankreich, Teil 2: Haftung des Staates für Schäden durch Gesetz (vgl. sub R.BERNHARDT/T.STEIN) 56ff.

CAVELTI, Ulrich A. — Einflüsse der Aufklärung auf die Grundlagen des schweizerischen Staatskirchenrechts, in: Freiburger Veröffentlichungen aus dem Gebiete von Kirche und Staat, Bd. 19 (Freiburg Schweiz 1976)

CAVELTI, Urs Josef — Die öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften im schweizerischen Staatskirchenrecht, in: Freiburger Veröffentlichungen aus dem Gebiete von Kirche und Staat, Bd. 8 (Freiburg Schweiz 1954)

CHATELAIN, J.-P. — Tendances actuelles du Tribunal fédéral dans le domaine de la responsabilité civile, in: ZBJV 105 (1969) 209ff.

CREUX, Dominique — L'inspection du travail et la responsabilité des organes ce contrôle en matière d'accident du travail en droit suisse (Diss. Lausanne 1977)

DAGTOGLOU, Prodromos — Ersatzpflicht des Staates bei legislativem Unrecht? (Tübingen 1963), in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 265/266 - zit. Legislatives Unrecht

DAGTOGLOU, Prodromos — Zur Reform des Staatshaftungsrechts, in: Verw. Arch. 65 (1974) 345ff. - zit. Staatshaftungsrecht

DERRON, L. — Die Haftung des Staates für die Verkehrssicherheit auf öffentlichen Strassen, in: ZBl 39 (1938) 97ff.

DESAX, Marcus — Haftung für erlaubte Eingriffe (Diss. Freiburg Schweiz 1977), in: Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz 46

DESCHENAUX/TERCIER — La responsabilité civile (Bern 1975)

DES GOUTTES, René — Genugtuung I: Grundsätzliches Stand der Gesetzgebung und Rechtsprechung 1. Mai 1975, in: SJK Nr. 1141a. - Genugtuung II: Verzeichnis der Entscheidungen, in: SJK Nr. 1142a (Uebersetzungen)

DEUTSCH, Erwin — Grundmechanismen der Haftung nach deutschem Recht, in: Deutsch-französisch-schweizerisches Colloquium über die Grundlagen und Funktionen des Haftpflichtrechts, hrg. von Frédéric-Edouard Klein. Schriftenreihe des Institutes für internationales Recht und internationale Beziehungen der Juristischen Fakultät der Universität Basel, Heft 18 (Basel/Stuttgart 1973) 47ff.

DOSCH, Luzius Vincenz — Die Rechtsbeziehungen zu den öffentlichen Sachen in Graubünden (Diss. Freiburg Schweiz 1949)

DUELP, Heinrich — Die Voraussetzungen, unter denen sich juristische Personen des öffentlichen Rechts auf Grundrechte berufen können, in: ZBl 65 (1964) 481ff. u. 513ff.

DUERRENMATT, Peter — Von der Urzeit bis zur Gegenwart Schweizer Geschichte, Bd. 1 (Neue A. Zürich 1976)

ECKSTEIN, Hanspeter — Die Organisation der kantonalen Verwaltungsgerichte (Diss. Basel 1975)

EGGER, A. — Kommentar zum ZGB. Einleitung und Personenrecht (2.A. Zürich 1930)

EGLI, Anton — Treu und Glauben im Sozialversicherungsrecht, in: ZBJV 113 (1977) 377ff.

EICHENBERGER, Kurt — Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem (Bern 1960), in: ASR NF Heft 341 - zit. Richterliche Unabhängigkeit

EICHENBERGER, Kurt — Die politische Verantwortlichkeit im schweizerischen Staatsrecht, in: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, Festschrift für Hans Huber zum 60. Geburtstag (Bern 1961) 109ff. - zit. Politische Verantwortlichkeit

EICHENBERGER, Kurt — Die Sorge für den inneren Frieden als primäre Staatsaufgabe, in: ZBl 78 (1977) 433ff. - zit. Sorge

FISCHER, J. — Die Haftbarkeit des Staates und der Gemeinden für Schädigungen Privater durch legislatorische und administrative Erlasse, in: ZBl 1 (1900) 177ff., 185ff. u. 193ff.

FISCHLI, Ernst — Die Entschädigung unschuldig Verfolgter, in: ZSR NF 79 (1960) II 263aff.

FLEINER, Fritz — Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts (8.A., Neudruck für die Schweiz, Zürich 1939)

FLEINER, Thomas — Verfassungswandel von der Pionierzeit zum Wohlfahrtsstaat, in: ZSR NF 93 (1974) I 253ff.- zit. Verfassungswandel

FLEINER, Thomas — Die verfassungsrechtliche Bedeutung von Art. 1 Abs. 2 ZGB, in: Gedächtnisschrift Peter Jaeggi (Freiburg 1977) 315ff. - zit. Gedächtnisschrift

FLEINER, Thomas — Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts (Zürich 1977) - zit. Grundzüge

FLEINER/GIACOMETTI — Schweizerisches Bundesstaatsrecht (Zürich 1976, unveränderter Nachdruck der Neubearbeitung 1949)

FLUECKIGER, Paul — Das Zivilrecht als Rechtsquelle des Verwaltungsrechts, in ZBJV 91 bis (1955) 137ff.

FORSTHOFF, Ernst — Lehrbuch des Verwaltungsrechts Bd. I, Allgemeiner Teil (10.A. München 1973)

FREI, Armin — Der Reflexschaden im Haftpflichtrecht (Diss. Zürich 1973)

FUTTER, Werner	Die Subsidiarität der Amtshaftung - Instrument der Haftungslenkung (Berlin 1974), in: Schriften zum Oeffentlichen Recht, Bd. 252
GANZONI, Robert Zaccaria	Beitrag zur Kenntnis des Waldeigentums in Graubünden (Diss. Bern 1954)
GAY, Edmond	La responsabilité civile des fonctionnaires publics en droit valaisan (Diss. Bern 1932)
GEIGER, Willi	Die rechtliche Verantwortlichkeit der AHV-Verbandsausgleichskassen sowie ihrer Organe und Angestellten, in: SZS 3 (1959) 197ff.
GENGEL, Achill	Die Selbstverwaltungskörper (Kreise und Gemeinden) des Kantons Graubünden (Diss. Zürich 1902)
GESER, L. Albert	Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten aus rechtswidrigen Amtshandlungen gegenüber Privaten und gegenüber dem Staate, mit besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Rechts (Diss. Fribourg 1899)
GERMANN, Oscar Adolf	Grundlagen der Rechtswissenschaft (3.A. Bern 1975) - zit. Rechtswissenschaft
GERMANN, O.A.	Durch die Judikatur erzeugte Rechtsnormen (Zürich 1976) - zit. Rechtsnormen
GERWIG, Andreas	Der Vorbehalt zu Gunsten der Kantone in Artikel 61 O.R. (Diss. Basel 1953 MaschSchr.)
GIACOMETTI, Z.	Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone (Zürich 1941) - zit. Staatsrecht
GIACOMETTI, Z.	Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, 1. Bd. (Zürich 1960) - zit. Allg. Lehren
GILLARD, François	Vers l'unification du droit de la responsabilité, in: ZSR NF 86 (1967) II 193ff.
GILSDORF, Peter	Die Haftung der Gemeinschaft aus normativem Handeln auf dem Hintergrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, in: Europarecht 10 (1975) 73ff.

GRAF, Jakob	Die Verantwortlichkeit der Beamten im Kanton St. Gallen (Diss. Bern 1938)
GRAFF, Pierre	La responsabilité des fonctionnaires et de l'Etat pour le dommage causé à des tiers, en droit fédéral et en droit cantonal, in: ZSR NF 72 (1953) 381aff.
GRISEL, André	Droit administratif suisse (Neuchâtel 1970)
GRISEL, Etienne	Le définition de la police, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts (Basel 1975) 91ff.
GROSS, Jost	Die persönliche Freiheit des Patienten (Diss. Bern 1977), in: ASR, Heft 446
GUENG, Urs	Die allgemeine rechtsstaatliche Entschädigungspflicht (Diss. St. Gallen 1967, Nr. 257), in: Veröffentlichungen der HSG, Rechts- und Verwaltungswissenschaftliche Reihe 5 - zit. Entschädigungspflicht
GUENG, Urs	Zum Stand und den Entwicklungstendenzen im öffentlichen Entschädigungsrecht, in: ZBl 69 (1968) 351ff. u. 375ff. - zit. Entwicklungstendenzen
GUENG, Urs	Zur Verbindlichkeit verwaltungsbehördlicher Auskünfte und Zusagen, in: ZBl 71 (1970) 449ff., 473ff. u. 497ff. - zit. Auskünfte und Zusagen
GUENG, Urs	Zur Haftungskonkurrenz im Polizeirecht, in: ZBl 74 (1973) 257ff. - zit. Haftungskonkurrenz
GUHL/MERZ/KUMMER	Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts (6.A. Zürich 1972)
GYGI, Fritz	Verwaltungsrecht und Privatrecht, in: ASR NF Heft 317 (Bern 1956) - zit. Verwaltungsrecht und Privatrecht
GYGI, Fritz	Ueber die Eigentumsgarantie, in: MBVR 55 (1957) 257ff. - zit. Eigentumsgarantie

GYGI, Fritz — Neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zu verwaltungsrechtlichen Grundfragen, in: ZBJV 102 (1966) 121ff. - zit. Rechtsprechung

GYGI, Fritz — Staatshaftung und Verwaltungsrechtspflege, in: Mélanges Marcel Bridel (Lausanne 1968) 221ff. - zit. Staatshaftung und Verwaltungsrechtspflege

GYGI, Fritz — Expropriation, materielle Enteignung und Lastenausgleich, in: BTJP 1968, Rechtliche Probleme des Bauens (Bern 1969) 81ff. - zit. Expropriation

GYGI, Fritz — Die Rechtsgestalt der Universität, in: ZBJV 106 (1970) 133ff. - zit. Rechtsgestalt

GYGI, Fritz — Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund (2.A. Bern 1974) - zit. Verwaltungsrechtspflege

GYGI, Fritz — Aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Massnahmen in der Verwaltungsrechtspflege, in: ZBl 77 (1976) 1ff. - zit. Aufschiebende Wirkung

GYGI, Fritz — Eidgenössische und kantonale Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: ZBJV 112 (1976) 281ff. - zit. Verwaltungsgerichtsbarkeit

GYGI, Fritz — Zur Rechtsetzungszuständigkeit des Bundes auf dem Gebiet des Zivilrechtes (BV 64), in: ZSR NF 95 (1976) I 343ff. - zit. Rechtsetzungszuständigkeit

GYGI, Fritz — Grundrechtskonkurrenz?, in: Mélanges Henri Zwahlen (Lausanne 1977) 61ff. - zit. Grundrechtskonkurrenz

HAEFELIN, Ulrich — Die Rechtspersönlichkeit des Staates, I. Teil: Dogmengeschichtliche Darstellung (Tübingen 1959)

HAUSER, Arnold — Ueber den Ersatzanspruch aus amtspflichtmässigen rechtswidrigen Staatsakten (Diss. Zürich 1934)

HAUSHEER, Heinz — Verstärkter Persönlichkeitsschutz: Der Kampf ums Recht an verschiedenen Fronten, in: Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux (Freiburg Schweiz 1977) 81ff.

HEIDENHAIN, Martin — Amtshaftung und Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff, in: Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 23 (Berlin 1965)

HENRIOT, Jacques — Note sur la date et le sens de l'apparition du mot "responsabilité", in: La responsabilité; Archives de philosophie du droit tome 22 (Paris 1977) 59ff.

HESSE, Konrad — Bemerkungen zur heutigen Problematik und Tragweite der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: DÖV (1975) 437ff.

HYGI, C. — Der Wandel der öffentlichen Verwaltung und die Verwaltungswissenschaften, in: ZBl 70 (1969) 505ff.

von HIPPEL, Ernst — Zur Problematik der Grundbegriffe des Rechts, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht 6, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek (München 1955) 21ff.

HIS, Eduard — Das Problem der staatlichen Entschädigungspflicht bei Ausübung öffentlich-rechtlicher Funktionen, in: ZSR NF 42 (1923) 22ff.

HÖD — Handwörterbuch des öffentlichen Dienstes. Das Personalwesen, hrg. W. Bierfelder (Berlin 1976)

HOTZ, Reinhold — Die Haftpflicht des Beamten gegenüber dem Staat (dargestellt am Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes und am Haftungsgesetz des Kantons Zürich) (Diss. Zürich 1973), in: Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft NF Heft 428

HUBER, Eugen — Das Absolute im Recht, Festgabe der juristischen Fakultät der Berner Hochschule zur Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins von 1922 (Bern 1922)

HUBER, Hans — Das Verhältnis des kantonalen öffentlichen Rechts und des Bundeszivilrechts in der Gegenwart, in: ZBJV 98 (1962) 169ff. - zit. Verhältnis

HUBER, Hans — Kommentar zu Art. 6 ZGB, in: (Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. 1: Einleitung und Personenrecht. Einleitung: Art. 1 - 10 (Bern 1966, Nachdruck der Ausgabe 1962) 477ff. - zit. BeKo Einleitungsbd.

HUBER, Hans — Ueber den Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Verwaltungsrecht, in: ZSR NF 96 (1977) I 1ff. - zit. Grundsatz der Verhältnismässigkeit

HUG-BEELI, Gustav Karl — Persönliche Freiheit und besondere Gewaltsverhältnisse (Diss. Zürich 1976)

HUETTE, Klaus — Die Genugtuung. Eine tabellarische Uebersicht über Gerichtsentscheide vorwiegend aus den Jahren seit 1960 (Stand August 1976, Zürich)

JAEGGI, Peter — Votum in den Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins 1967, Protokoll vom 24. September 1967, in: ZSR NF 86 (1967) II 754ff.

JAENICKE, Günther — Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht?, in: VVDStRL 20 (1963) 135ff.

JELLINEK, Walter — Verwaltungsrecht (3.A. Offenburg 1948)

JENNY, Rudolf — Entstehung und Entwicklung der Talschafts- und Regionalspitäler in Graubünden, in: "Aeskulap in Graubünden", Festschrift zum 150 jährigen Bestehen des Bündnerischen Aerztevereins (Chur 1970) S. 231ff.

JEZLER, Christoph — Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung insbesondere im Bund (Diss. Zürich 1967), in: Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft NF Heft 268

JOST, Andreas — Die neueste Entwicklung des Polizeibegriffs im schweizerischen Recht (Diss. Bern 1975), in: ASR Heft 438

JUD, Elmar Mario — Besonderheiten öffentlichrechtlicher Dienstverhältnisse nach schweizerischem Recht, insbesondere bei deren Beendigung aus nichtdisziplinarischen Gründen (Diss. Freiburg Schweiz 1975), in: St. Galler Beiträge zum öffentlichen Recht Bd. 2

IMBODEN, Max — Erfahrungen auf dem Gebiet der Verwaltungsrechtsprechung in den Kantonen und im Bund, in: ZSR NF 66 (1947) 1aff. - zit. Erfahrungen

IMBODEN, Max — Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung (Basel/Stuttgart 1954), in: Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 38 - zit. Gesetz als Garantie

IMBODEN, Max — Der Beitrag des Bundesgerichts zur Fortbildung des Schweizerischen Verwaltungsrechts, in: ZSR NF 78 (1959) I 59ff. - zit. Fortbildung

IMBODEN/RHINOW — Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. I: Allgemeiner Teil (5.A. Basel/Stuttgart 1976) - zit. I

IMBODEN/RHINOW — Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. II: Besonderer Teil (5.A. Basel/Stuttgart 1976) - zit. II

IM HOF, A. — Das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis, in: ZSR NF 48 (1929) 231aff.

KAEMPFER, Walter — Zur Gesetzesbeständigkeit "wohlerworbener Rechte", in: Mélanges Henri Zwahlen (Lausanne 1977) 339ff.

KAENZIG, Ernst — Die Widerrechtlichkeit nach Artikel 41 Absatz 1 des schweizerischen Obligationenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Gründe für den Ausschluss der Rechtswidrigkeit (Diss. Bern 1939), in: ASR NF Heft 152

KAUFMANN, Otto K. — Die Verantwortlichkeit der Beamten und die Schadenersatzpflicht des Staates in Bund und Kantonen, in: ZSR NF 72 (1953) 201aff. - zit. Verantwortlichkeit der Beamten

KAUFMANN, Otto K. — Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe, in: Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe. Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Köln/Berlin 1967) 555ff. - zit. Haftung des Staates

KAUFMANN, Otto K. — Die öffentlich-rechtliche Entschädigungspflicht des Bundes unter besonderer Berücksichtigung des Verantwortlichkeitsgesetzes und der Rechtsprechung über die formelle und materielle Enteignung, in: Verwaltungsrechtliches Kolloquium vom 18. - 20.4.1972 in Sigriswil 1972 (hrg. vom Eidg. Personalamt, 1972) 61ff. - zit. Sigriswil

KAUFMANN, Otto K. — Etoilauto S.A. c. Conféderation, in: Mélanges Henri Zwahlen (Lausanne 1977) 139ff. - zit. Festschrift Zwahlen

KAUL, H.P. — Landesbericht Schweiz (vgl. sub. R.BERNHARDT/T.STEIN) 108ff.

KELLER, Alfred — Haftpflicht im Privatrecht (2.A. Bern 1971)

KELLER, Josef — Die Rechtsstellung des Patienten im öffentlichen Spital als Problem des Verwaltungsrechts, in: St. Galler Beiträge zum öffentlichen Recht, Bd. 2 (Diss. Freiburg Schweiz 1976)

KIRCHHOF, Paul — Rechtsquellen und Grundgesetz, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. II: Verfassungsauslegung, hrg. Christian Starck (Tübingen 1976) 50ff.

KISKER, Gunter — Neue Aspekte im Streit um den Vorbehalt des Gesetzes, in: NJW 30 (1977) 1313ff.

KNAPP, Blaise — L'abus de pouvoir en droit public, in: ZBl 78 (1977) 289ff.

KOELZ, Alfred — Prozessmaximen im schweizerischen Verwaltungsprozess (Diss. Zürich 1973), in: Zürcher Schriften zum Verfahrensrecht 4 - zit. Prozessmaximen

KOELZ, Alfred — Zur Auslegung einfachen Rechts durch den schweizerischen Verfassungsrichter, in: ZSR NF 95 (1976) I 29ff. - zit. Auslegung

KOETZ, Hein — Haftung für besondere Gefahr. - Generalklausel für die Gefährdungshaftung, in: AcP 170 (1970) 1ff.

KUCZYNSKI, Heinz — Die Haftung des Bundes für seine technischen Funktionäre.
Versuch einer Auslegung von Art. 61 OR nach öffentlich-rechtlichen Grundsätzen (Diss. Zürich 1936)

KUETTEL, Peter — Das Strassenrecht des Kantons St. Gallen (Diss. St. Gallen 1968, Nr. 312)

KUHN, Moritz — Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten auf Grund des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 14. März 1958, mit besonderer Berücksichtigung von Art. 3 und Art. 12 (Diss. Zürich 1971), in: Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft NF Heft 364

KUMMER, Max — Grundriss des Zivilprozessrechts (2.A. Bern 1974)

KUNZ, Markus H. — Zur Haftung des Staates, insbesondere bei Strassenkrawallen, in: SVZ 41 (1973/4) 2ff., 33ff.

KUTTLER, Alfred — Zur privatrechtlichen Haftung des Gemeinwesens als Werk- und Grundeigentümer, in: ZBl 77 (1976) 417ff.

LAMPERT, Ulrich — Die Autonomie der Konfessionen in Graubünden. Rechtsgutachten. (Disentis 1923)

LANGE, Hermann — Adäquanztheorie, Rechtswidrigkeitszusammenhang, Schutzzwecklehre und selbständige Zurechnungsmomente, in: JZ 31 (1976) 198ff.

LANGHARD, Kurt — Die Organisation der politischen Gemeinden des Kantons Graubünden im Spiegel der neueren kantonalen und kommunalen Rechtssetzung (Diss. Zürich 1977)

LANZ, Heinz — Die Haftung des Staates als Eigentümer von Werken (Diss. Zürich 1958)

LANZ, Walter — Alternativen zur Lehre vom Adäquaten Kausalzusammenhang (Diss. St. Gallen 1974, Nr. 519)

LARDELLI, Aldo — Die Steuerhoheit der Selbstverwaltungskörper im Kanton Graubünden (Diss. Zürich 1950)

LARENZ, Karl — Methodenlehre der Rechtswissenschaft (3.A. Berlin/Heidelberg/New York 1975)

LAURI, Hans — Kausalzusammenhang und Adäquanz im schweizerischen Haftpflicht- und Versicherungsrecht (Diss. Bern 1976), in: ASR NF Heft 443

LEISNER, Walter — Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht?, in: VVDStRL 20 (1963) 185ff.

LEUTHOLD, Maja — Die Anwendung von Zivilrecht auf öffentlichrechtliche Rechtssachen (Diss. Zürich 1970)

LIVER, Peter — Der Begriff der Rechtsquelle, in: ZBJV 91 bis (1955) 1ff. - zit. Rechtsquelle

LIVER, Peter — Verfassungsgeschichtlicher Ueberblick, in: Verfassung für den Kanton Graubünden (vom 2.10.1892) (Chur 1967) 7ff. - zit. Ueberblick

LIVER, Peter — Die nachbarrechtliche Haftung des Gemeinwesens, in: ZBJV 99 (1963) 241ff. - zit. Haftung des Gemeinwesens

LIVER, Peter — Kommentar zu Art. 5 ZGB, in: (Berner) Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. 1: Einleitung und Personenrecht. Einleitung: Art. 1 - 10 (Bern 1966, Nachdruck der Ausgabe 1962) 443ff. - zit. BeKo Einleitungsbd.

LIVER, Peter — Das neue Einführungsgesetz des Kantons Appenzell AR zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, in: SJZ 65 (1969) 301ff. - zit. Einführungsgesetz

LUHMANN, Niklas — Oeffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet (Berlin 1965), in: Schriftenreihe der Hochschule Speyer Bd. 24

von MANGOLDT, H. — Länderbericht Belgien, (vgl. sub R.BERNHARDT/T.STEIN) 29ff.

MARKOFF, Nicola — Rätisches Kantons- und Regionalspital in Chur, in: "Aeskulap in Graubünden", Festschrift zum 150 jährigen Bestehen des Bündnerischen Aerztevereins (Chur 1970) S. 289ff.

MARTI, Hans — Die staatsrechtliche Beschwerde (3.A. Basel und Stuttgart 1977)

MATHYS, Heinz Walter — Rechtliche Probleme des Skifahrens, in: ZBJV 113 (1977) 417ff.

MAURER, Alfred — Rechtsfortbildung durch die sozialgerichtliche Rechtsprechung in der Schweiz, in: SZS 16 (1972) 179ff. - zit. Rechtsfortbildung

MAURER, Alfred — Einführung in das schweizerische Privatversicherungsrecht (Bern 1976) - zit. Privatversicherungsrecht

MAURER, Thomas — Drittverschulden und Drittverursachung im Haftpflichtrecht (Diss. Bern 1974), in: ASR NF Heft 434

MAYER, Otto — Deutsches Verwaltungsrecht I (3.A. München/Leipzig 1924)

MEIER-HAYOZ, Arthur — (Berner) Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. IV: Das Sachenrecht, 1. Abt.: Das Eigentum, 2. Teilbd.: Grundeigentum I Art. 655-679 ZGB (3.A. Bern 1964) - zit. Grundeigentum I

MEIER-HAYOZ, Arthur — Kommentar zu Art. 1 ZGB, in: (Berner) Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. 1: Einleitung und Personenrecht. Einleitung: Art. 1 - 10 (Bern 1966, Nachdruck der Ausgabe 1962) 78ff. - zit. BeKo Einleitungsbd.

MEIER-HAYOZ, Arthur	(Berner) Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. IV: Das Sachenrecht, 1. Abt.: Das Eigentum, 3. Teilbd.: Grundeigentum II, Art. 680-701 ZGB (3.A. Bern 1975) - zit. Grundeigentum II
MENGER, Christian Friedrich	Zum Stand der Meinungen über die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht, in: Fortschritte des Verwaltungsrechts, Festschrift für Hans Wolff zum 75. Geburtstag (München 1973) 149ff.
MERZ, Christian	Die öffentlichrechtlichen Körperschaften im Kanton Appenzell A.Rh. (Diss. Zürich 1976)
MERZ, Hans	Die Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem, in: ZBJV 91 bis (1955) 301ff.
MERZ/ROOS	Haftung der Polizeibehörden und des Gemeinwesens bei Unglücksfällen, insbesondere beim Eislaufen auf gefrorenen Gewässern,in: ZBl 62 (1961) 313ff.
MOOR, Pierre	Aménagement du territoire et propriété privée, in: ZSR NF 95 (1976) II 365ff. - zit. Aménagement
MOOR, Pierre	Le droit administratif et la distinction entre droit public et droit privé, in: Mélanges Henri Zwahlen (Lausanne 1977) 145ff. - zit. Distinction
MORVAY, W.	Landesbericht Grossbritannien (vgl. sub R.BERNHARDT/T.STEIN) 66ff.
MUELLER, Bernhard	Die Haftung der Eidgenossenschaft nach dem Verantwortlichkeitsgesetz, in: ZBJV 105 (1969) 341ff.
MUELLER, Heinrich Andreas	Der Verwaltungszwang (Diss. Zürich 1975), in: Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft NF Heft 485
MUELLER, Jörg P.	Soziale Grundrechte in der Verfassung?, in: ZSR NF 92 (1973) II 687ff.

MUELLER, Paul Richard — Das öffentliche Gemeinwesen als Subjekt des Privatrechts (Diss. St. Gallen 1970, Nr. 367), in: Veröffentlichungen der HSG, Rechts- und Verwaltungswissenschaftliche Reihe 10

MUELLER, Walter — Die öffentliche Strasse und ihre Benutzung nach aargauischem Verwaltungsrecht (Diss. Freiburg Schweiz 1973)

NATER, Hans — Die Haftung des Geschäftsherrn gemäss OR 55 angesichts der wirtschaftlich-technischen Entwicklung (Diss. Zürich 1970)

NICKUSCH, Karl-Otto — Die Normativfunktion technischer Ausschüsse und Verbände als Problem der staatlichen Rechtsquellenlehre (Diss. Ludwig-Maximilian-Universität München 1964)

NIETLISPACH, Hans — Zur Frage der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit für schlechten Rat und falsche Auskunft nach schweiz. OR (Diss. Zürich 1948)

NOLL, Peter — Gesetzgebungslehre, in: rororo Studium 37 (Reinbeck bei Hamburg 1973)

NOSER, Hans Beat — Pfarrei und Kirchgemeinde, in: Freiburger Veröffentlichungen aus dem Gebiete von Kirche und Staat, Bd. 13 (Freiburg Schweiz 1957)

OELLERS-FRAHM, K. — Landesbericht Italien (vgl. sub R.BERNHARDT/ T.STEIN) 73ff.

OFTINGER, Karl — Schweizerisches Haftpflichtrecht. Bd. I, Allgemeiner Teil (3.A. Zürich 1969) - zit. I 3.A

OFTINGER, Karl — Schweizerisches Haftpflichtrecht, II. Bd., Besonderer Teil 1. Hälfte (3.A. Zürich 1970) - zit. II/1

OFTINGER, Karl — Eine neue schweizerische Bestimmung über die Haftpflicht wegen Verunreinigung von Gewässern, in: Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag (München 1973) 961ff. - zit. Festschrift

OFTINGER, Karl	Schweizerisches Haftpflichtrecht, I. Bd., Allgemeiner Teil (4.A. Zürich 1975) - zit. I
OLDIGES, Martin	Die Staatshaftung bei legislativem Unrecht, in: Der Staat (Berlin) 15 (1976) 381ff.
OLGIATTI, Guido	Die bündnerische Gemeindeautonomie (Diss. Zürich 1948)
OSER/SCHOENENBERGER	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V Bd.: Das Obligationenrecht, 1. Halbbd.: Art. 1-183 (2.A. Zürich 1929)
OSSENBUEHL, Fritz	Welche normativen Anforderungen stellt der Verfassungsgrundsatz des demokratischen Rechtsstaates an die planende staatliche Tätigkeit?, in: Verhandlungen des fünfzigsten Deutschen Juristentages, Hamburg 1974. Bd. I: Gutachten Teil B (München 1974) B 1ff. - zit. Normative Anforderungen
OSSENBUEHL, Fritz	Staatshaftungsrecht (München 1976), in: Schriftenreihe der Juristischen Schulung, Heft 15 - zit. Staatshaftungsrecht
PICOT, François	La bonne foi en droit public, in: ZSR NF 96 (1977) II 115ff.
POLTERA, Conrad	Die Kreise und ihre Verwaltung nach bündnerischem Staats- und Verwaltungsrecht (Diss. Freiburg Schweiz/Wien 1921)
PORTMANN, Peter	Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht (Bern 1958), in: ASR NF Heft 335
PRAGER, Matthias	Die Produkte-Haftpflicht im IPR. Bestimmungen des anwendbaren Rechts anhand der materiellrechtlichen Charakteristika dieser Haftung (Diss. Zürich 1975)
PROTOKOLL	Protokoll vom 27.4.1974 über die Frühjahrstagung der schweizerischen Staats- und Verwaltungsrechtslehrer im Kursaal Bern (Vervielfältigung)

RAGGENBASS, Johannes Ulrich — Die Rechtsstellung der Privatrechtlichen Korporationen des st. gallischen Rechts. Unter besonderer Berücksichtigung ihrer Abgrenzung zu den öffentlichrechtlichen Körperschaften (Diss. St. Gallen 1977, Nr. 664)

RAMSTEIN, Kurt — Die Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Diss. Bern 1959)

RASCHEIN, Rolf — Bündnerisches Gemeinderecht (Domat/Ems 1972)

REHBINDER, Manfred — Zur Reform des Staatshaftungsrechts. Gutachten (hrg. vom Bundesministerium der Justiz, Dezember 1975) - zit. Gutachten

REHBINDER, Manfred — Kann bei der Haftung des Staates für Fehlverhalten des öffentlichen Dienstes auf das Verschuldenserfordernis verzichtet werden?, in: Oeffentlicher Dienst. Festschrift für Carl Hermann Ule (Köln/Berlin/Bonn/München 1977) 399ff. - zit. Festschrift

REHBINDER, Manfred/ TRIFFTERER, Otto — Der Einfluss des wissenschaftlichen und technischen Fortschritts auf die Entwicklung des Rechts, in: Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart) 75 (1975-1976) 89ff.

REICHLIN, Paul — Von der Schadenersatzpflicht des Beamten und des Staates, in: ZBl 36 (1935) 65ff., 97ff. u. 129ff.

RICHTLINIEN — Richtlinien der Gesetzestechnik, hrg. von der Schweizerischen Bundeskanzlei und der Eidg. Justizabteilung (Bern 1976)

RIEMER, Hans Michael — (Berner) Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Das Personenrecht. 3. Abt.: Die juristischen Personen, 3. Teilbd.: Die Stiftungen, Art. 80-89 bis ZGB (Bern 1975)

RIGAUX, François — Droit public et droit privé dans les relations internationales (Paris 1977)

ROELLECKE, Gerd — Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, in: VVDStRL 34 (1976) 7ff.

ROSENSTOCK, Peter Ueli — Die Haftung des Staates als Unternehmer im Bereiche der Hoheitsverwaltung (Diss. Zürich 1966), in: Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft NF Heft 259

RUSCONI, Baptiste — Quelques considérations sur l'influence de la faute et du fait du lésé dans la responsabilité causale, in: ZSR NF 82 (1963) I 337ff.

RYFFEL, Hans — Verantwortung als sittliches Phänomen, in: Der Staat, Bd. 15 (1967) 275ff.

SAGER, Arnold — Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten aus rechtswidrigen Amtshandlungen dem Bund und Dritten gegenüber (Diss. Zürich 1941)

SAGER, Toni — Die Strassensignalisation im Lichte des Rechts (Diss. Bern 1952), in: ASR NF Heft 295

SALADIN, P. — Grundrechte als Massstab des Verwaltungshandelns, in: Verwaltungsrechtliches Kolloquium vom 10. - 12.4.1973 in Sigriswil (hrg. vom Eidg. Personalamt 1973) 36ff. - zit. Kolloquium

SALADIN, Peter — Grundrechte im Wandel (2.A. Bern 1975) - zit. Grundrechte

SALADIN, Peter — Das Verfassungsprinzip der Fairness. Die aus dem Gleichheitsprinzip abgeleiteten Verfassungsgrundsätze, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts. Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts (Basel 1975) 41ff. - zit. Fairness

SALADIN, Peter — Verwaltungsprozessrecht und materielles Verwaltungsrecht, in: ZSR NF 94 (1975) II 307ff. - zit. Verwaltungsprozessrecht

SAMELI, Katharina — Treu und Glauben im öffentlichen Recht, in: ZSR NF 96 (1977) II 287ff.

SAVATIER, René — Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, série 2 (Paris 1959)

SCHAEPPI, Christian Heinrich — Der Anspruch auf Kinderzulagen unter besonderer Berücksichtigung der sankt-gallischen Gesetzgebung (Diss. Bern 1974)

SCHALLER, Viktor — Die disziplinarische und vermögensrechtliche Verantwortlichkeit der Behörden und Beamten nach zugerischem Recht (Diss. Zürich 1944)

SCHEFOLD, Dian — Bewahrung der Demokratie und wirtschaftlich-technische Entwicklung, in: ZSR NF 93 (1974) I 1ff.

von SCHENK, Dedo — Der Begriff der 'Sphäre' in der Rechtswissenschaft, insbesondere als Grundlage der Schadenszurechnung, in: Schriften zur Rechtstheorie, Heft 69 (Berlin 1977)

SCHENKE, Wolf-Rüdiger — Die Haftung des Staates bei normativem Unrecht, in: DVBl. 90 (1975) 121ff.

SCHLUSSBERICHT — Schlussbericht der Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, VI (Bern 1973)

SCHMID, Leo — Graubünden. Geschichte seiner Kreise (Lausanne 1971)

SCHMIDT, Lothar — Das grosse Handbuch geflügelter Definitionen (München 1971)

SCHMIDT-SALZER, Joachim — Produkthaftung im französischen, belgischen, deutschen, schweizerischen, englischen, kanadischen und us-amerikanischen Recht sowie in rechtspolitischer Sicht (Berlin 1975)

SCHNAPP, Friedrich E. — Amtsrecht und Beamtenrecht, in: Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 332 (Berlin 1977)

SCHULTZ, Hans — Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, I Bd., (3.A. Bern 1977)

SCHWARTZ, Paul — Adäquate Kausalität und Verschuldenshaftung, in: BJM (1970) 1ff.

SCHWARZ, Johann Robert — Die Gerichtsorganisation des Kantons Graubünden von 1803 bis zur Gegenwart (Diss. Zürich 1947)

SCHWARZENBACH, Hans Rudolf — Soll die Haftung der Kantone und Gemeinden als Verschuldenshaftung oder als Kausalhaftung ausgestaltet werden?, in: ZBl 65 (1964) 249ff. - zit. Haftung der Kantone und Gemeinden

SCHWARZENBACH, Hans Rudolf — Die Staats- und Beamtenhaftung in der Schweiz (Zürich 1970) - zit. Staats- und Beamtenhaftung

SCHWARZENBACH, Hans Rudolf — Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts (6.A. Bern 1975) - zit. Verwaltungsrecht

SCHWARZENBACH Hans Rudolf — Haftet das Gemeinwesen für Schäden aus Tumulten und Terrorakten?, in: ZBl 77 (1976) 225ff. - zit. Schäden aus Tumulten und Terrorakten

SCHUETZ, Albert — Die Ersatzpflicht des Staates für den durch seine Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt rechtswidrig verursachten Schaden im schweizerischen Recht (Diss. Zürich 1918)

SECRETAN, Roger — La responsabilité civile extracontractuelle de l'Etat et des fonctionnaires, in: JdT 81 (1933) I 130ff.

SEILER, Wolf — Die Organe der Rechtssetzung im Kanton Graubünden (Diss. Zürich 1939)

SILBERNAGEL, Alfred — Handbuch der schweizerischen Behörden (Bern 1931)

SOERGEL/SIEBERT — Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1-9 (10.A. Stuttgart 1967-1975) - zit. (jeweils mit Bd.Nr. und §§)

SONDER, J.P. — Behörden und Beamte nach bündnerischem Staatsrecht (Diss. Freiburg Schweiz 1917)

SPRECHER von BERNEGG, Andreas — Ueber die Entschädigungspflicht des Staates bei Ausübung der öffentlichen Gewalt (Diss. Bern 1921)

STAEHELIN, Philipp — Die rechtsfähigen öffentlich-rechtlichen Anstalten des Kantons Thurgau (Diss. Freiburg Schweiz 1972)

STARCK, Christian	Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, in: VVDStRL 34 (1976) 43ff.
STARK, Emil W.	Probleme der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, in: ZSR NF 86 (1967) II 1ff.
STEIN, T.	Landesbericht Niederlande (vgl. sub R.BERNHARDT/T.STEIN) 86ff.
STILLHART, Alkuin OFM Cap.	Die Rechtspersönlichkeit der klösterlichen Verbandsformen nach kanonischem und schweizerischem Recht, in: Freiburger Veröffentlichungen aus dem Gebiete von Kirche und Staat, Bd. 6 (Freiburg Schweiz 1953)
STREICHENBERG, Martin	Nachbar- und Enteignungsrecht bei Sachen im Gemeingebrauch (Diss. Zürich 1970), in: Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft NF Heft 330
TERCIER, Pierre	Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse (Fribourg 1971), in: Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg/Schweiz 39 - zit. Contribution
TERCIER, Pierre	Quelques considérations sur les fondements de la responsabilité civile, in: ZSR NF 95 (1976) I 1ff. - zit. Considérations
THALMANN, Walter	Vom neuen Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes, in: ZBl 59 (1958) 321ff.
von THUR/PETER	Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I 1. Lieferung (3.A. Zürich 1974)
TREPP, Rudolf E.	Gemeindeautonomie und interkommunale Zusammenarbeit im Kanton Graubünden (Diss. St. Gallen 1975, Nr. 528)
TUOR/SCHNYDER	Das schweizerische Zivilgesetzbuch (9.A. Zürich 1975)
URSPRUNG, Heinrich	Sicherheit im Strassenverkehr (Dozentenkommission ETH) (Frankfurt 1974)
VERFASSUNGSENTWURF	Verfassungsentwurf der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung (Bern 1977)

VILLEY, Michel — Esquisse historique sur le mot responsable, in: La responsabilité, Archives de philosophie du droit, tome 22 (Paris 1977) 45ff.

VINEY, Geneviève — De la responsabilité personelle à la réparation des risques, in: La responsabilité, Archives de philosophie du droit, tome 22 (Paris 1977) 5ff.

VOGEL, Hans-Jochen — Die Verwirklichung der Rechtsstaatsidee im Staatshaftungsrecht (Karlsruhe 1977), in: Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 132

WAHRIG, Gerhard — Deutsches Wörterbuch, Sonderausgabe (völlig überarbeitete Neuauflage Berlin/München/Wien 1975)

WALDER, Hans — Die Kausalität im Strafrecht, in: ZStrR 93 (1977) 113ff.

WEBER, Dieter — Zivilrechtliche Haftung öffentlicher und privater Badeanstalten (Diss. Bern 1977)

WEBER-DUERLER, Beatrice — Die Rechtsgleichheit in ihrer Bedeutung für die Rechtsetzung (Diss. Zürich 1973), in: ASR NF Heft 419

WEINZAPF, Chr.A. — Die öffentlichen Anstalten des kantonalen Rechts in Graubünden (Diss. St. Gallen 1948)

WEYREUTHER, Felix — Empfiehlt es sich die Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungshandelns gesetzlich zu regeln (Folgenbeseitigung - Folgenentschädigung)?, in: Verhandlungen des siebenundvierzigsten deutschen Juristentages (Nürnberg 1968), I, Gutachten, B 1ff. (München 1968)

WICK, Charles Louis — Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Sozialversicherungsrecht (Diss. Bern 1976)

WICKI, Franz — Die öffentliche Strasse und ihre Benützung (Diss. Freiburg Schweiz 1967)

WIDMER, Pierre — Gefahren des Gefahrensatzes. Zur Problematik einer allgemeinen Gefährdungshaftung im italienischen und schweizerischen Recht, in: ZBJV 106 (1970) 289ff. - zit. Gefahrensatz

WIDMER, Pierre — Standortbestimmung im Haftpflichtrecht, in: ZBJV 110 (1974) 289ff. - zit. Standortbestimmung

WIDMER, Pierre — Die abenteuerliche Wissenschaft vom Haftpflichtrecht. Notizen zu einigen neuen Beiträgen, in: ZBJV 112 (1976) 199ff. - zit. Notizen

WINTER, Urs H. — Die Wiedergutmachung immaterieller Beeinträchtigung bei Körperverletzung und Tötung (Diss. Zürich 1975), in: Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft NF Heft 487

WINZELER, Artur — Die Haftung der Organe und der Kassenträger der AHV (Diss. Zürich 1952)

WITTMANN, H. — Landesbericht Oesterreich (vgl. sub R.BERNHARDT/T.STEIN) 96ff.

WOLFENSBERGER, Theo — Die Staatshaftung nach Art. 75, 76 und 77 SVG (Diss. Zürich 1974)

WOLFFERS, Artur — Neue Aspekte des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit, in: ZBJV 113 (1977) 297ff.

YUNG, Walter — Principes fondamentaux et problèmes actuels de la responsabilité civile en droit suisse, in: Deutsch-französisch-schweizerisches Colloquium über die Grundlagen und Funktionen des Haftpflichtrechts, hrg. von Frédéric-Edouard Klein. Schriftenreihe des Instituts für internationales Recht und internationale Beziehungen der Juristischen Fakultät der Universität Basel, Heft 18 (Basel/Stuttgart 1973) 93ff.

ZACHARIAE, Heinrich Albert — Ueber die Haftungsverbindlichkeit des Staates aus rechtswidrigen Handlungen und Unterlassungen seiner Beamten, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 19 (1863) 582ff. (zit. bei R.BOEHME)

ZEHNTNER, Werner — Die Haftung des Staates für seine Funktionäre nach der Gesetzgebung der schweizerischen Kantone (Diss. Zürich 1952)

ZIEGLER, E. — Referat über die (directe oder subsidiäre) Haftung des Staates und der Gemeinden für Versehen und Vergehen ihrer Beamten und Angestellten, in: ZSR NF 7 (1888) 481ff.

ZIPPELIUS, Reinhold — Einführung in das Recht (München 1974)

ZUEST, Eugen — Ueber die Verantwortlichkeit der thurgauischen Behörden und Beamten (Diss. Zürich 1954)

ZWAHLEN, Henri — Verantwortlichkeit (zivilrechtliche) des Staates und der Beamten, in: SJK Nr. 354, 371-374 (Uebersetzung)

EINLEITUNG

Die Einleitung eröffnet die Arbeit und dient als erste Orientierung. Sie gliedert sich in die drei Absätze: "Problemstellung" (I), "Gegenstand und Aufgabe" (II) und "Methodisches" (III).

Die "Problemstellung" umreisst den Gegenstand der Arbeit. "Gegenstand und Aufgabe" enthalten Bemerkungen allgemeiner Natur zum Thema, grenzen es von anderen Problemkreisen ab und erläutern die Zielsetzung der Untersuchung. Das "Methodische" weist den Weg, der eingeschlagen wird, um das gesetzte Ziel zu erreichen.

I. PROBLEMSTELLUNG

Der Mensch schafft durch sein Verhalten soziale Zustände. Wie sich menschliche Verhaltensformen ändern, so wandelt sich auch das Recht in seiner sozialen Funktion ständig.

Im Wohlfahrtsstaat der Gegenwart durchdringen sich Staat und Gesellschaft in wechselseitiger Abhängigkeit und Einflussnahme. Lenkend und gestaltend greift die öffentliche Hand in das wirtschaftliche und soziale Leben ein[1)]. Der modernen Verwaltung

---

1 K.HESSE 439.

kommt immer mehr die Funktion eines Dienstleistungsbetriebes zu. Man spricht in diesem Zusammenhang von Verwaltungsstaat[2] und Daseinsvorsorge[3].

Bund und Kantonen werden durch die veränderte soziologische Wirklichkeit eine Fülle neuer Aufgaben übertragen[4]. Die Zunahme der staatlichen Aktivitäten bedingt eine Ausweitung des gesamten Staatsapparates. Die Zahl der Behörden und Beamten wächst[5]. Die Beziehungen zwischen Staat und Bürger vervielfachen und komplizieren sich. Je mehr das Gemeinwesen den sozialen Ablauf mitgestaltet, desto grösser wird die Gefahr, dass dem Einzelnen aus staatlichem Verhalten Schaden erwächst.

---

2 H.R.SCHWARZENBACH, Verwaltungsrecht 25. Vgl. auch: C.HIGY 505; D.SCHEFOLD 4f..

3 "Als Leitbegriff, unter dem die Funktionen der leistenden Verwaltung zusammenzufassen sind, habe ich den Begriff der Daseinsvorsorge vorgeschlagen", E.FORSTHOFF 370. Vgl. auch hinten § 3 bei FN 23.

4 Z.B.: Ausbau der sozialen Sicherheit, berufliche Ausbildung, Umweltschutz, Energiewesen, Infrastruktur, Verkehrswesen.
Die Häufung der staatlichen Aufgaben bedingt auch eine Ausweitung des staatlichen Finanzhaushaltes. Vgl. die Zahlen der Bündner Staatsrechnung von 1960: Fr. 87,6 Mill.
1974: Fr. 500 Mill.
} Zunahme der Ausgaben 470%
Quelle: Georges-André Chevallaz, in: Rätia Libera, Informationsblatt der Bündner Freisinnigen, Nr. 1, S. 1 (Landquart 1976).

5 Im Bund: Bundespersonal* 1945: 92'830
1975: 129'951
*inbegriffen Lehrlinge und kriegswirtschaftliches Personal, Quelle: Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1976, 84. Jg., S. 412 (Basel 1976).

Die Amtshaftung[6], d.h. die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Staates[7] und der Beamten[8] für h o h e i t l i c h e, r e c h t s w i d r i g e Verrichtungen führt in den Mittelpunkt der in der Geschichte nicht abreissenden Auseinandersetzung zwischen Individuum und Gesamtheit, Bürger und Staat.

Die vorliegende Darstellung befasst sich, ganz allgemein ausgedrückt, mit dem Spannungsverhältnis zwischen der r e c h t s s t a a t l i c h e n Forderung nach materieller Gerechtigkeit und der Sicherung des durch die ö f f e n t l i c h e G e w a l t in seinen Rechten verletzten Bürgers. Die Probleme, welche durch die erweiterten staatlichen Aktivitäten in der Beziehung zwischen dem Einzelnen und dem Gemeinwesen entstehen, sind laufend zu überdenken. Soziologische Wandlungen erfordern, dass das positive Recht, soweit es soziale Zustände überhaupt zu beeinflussen vermag, veränderten Tatsachen angepasst wird. "Wer verantworten will, muss gültig antworten können"[9]. Der Wille zur staatlichen Verantwortlichkeit ergibt sich aus der Idee, der r e c h t s s t a a t l i c h verstandenen Amts-

---

6 Als Synonym für den Ausdruck "Amtshaftung" dient dieser Arbeit der Begriff "vermögensrechtliche Verantwortlichkeit von Staat und Beamten im hoheitlichen Bereich" oder kurz: "vermögensrechtliche Verantwortlichkeit im hoheitlichen Bereich".

7 Die Ausdrücke "Staat", "Gemeinwesen" und "öffentliche Hand" werden in dieser Arbeit synonym verwendet und dienen als Sammelbegriff für die Träger öffentlicher Gewalt. Darunter sind vorerst einmal Bund, Kantone und Gemeinden zu verstehen, dann aber auch die mit staatlichen Aufgaben betrauten (öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen) Organisationen (=Körperschaften, Stiftungen, Anstalten) ausserhalb der "unmittelbaren" Verwaltung. - Vgl. zur Terminologie hinten § 8 III. 1..

8 Die Begriffe "Beamter", "Amtswalter", "staatlicher Funktionär" oder kurz "Fehlbarer" werden in dieser Arbeit als Synonyme verwendet, vgl. hinten § 8 II. 1..

9 Th.FLEINER, Verfassungswandel 258.

haftung. Aufgabe der einfachen Gesetzgebung[10] ist, diesen Willen in einer den zeitgemässen Anforderungen angemessenen Form zu verwirklichen.

Dem G e s e t z kommt die Funktion zu, Fragen aus zwischenmenschlichen Beziehungen zu beantworten. Erhebt das positive Recht Anspruch, das sachlich Richtige zu sein[11], so enthält es gleichzeitig einen sich ständig erneuernden Auftrag, im normativ beeinflussbaren Lebensbereich nach materieller Gerechtigkeit zu streben.

Mit Fragen des Verhältnisses zwischen der Allgemeinheit und dem Einzelnen, zwischen Staat und Bürger, konkreter mit der Amtshaftung im allgemeinen und speziell mit Problemen, die sich aufgrund des b ü n d n e r i s c h e n Verantwortlichkeitsgesetzes vom 29. Oktober 1944[12] stellen, befasst sich die vorliegende Arbeit.

---

10 Unter der einfachen Gesetzgebung ist die Gesamtheit der generell-abstrakten Normen, welche keinen Verfassungsrang haben, zu verstehen.
11 W.BURCKHARDT, Einführung 197.
12 BR 170.050.

II. GEGENSTAND UND AUFGABE

1. AUSGANGSPUNKT

Nachhaltige Anregungen zu dieser Darstellung stammen aus dem Schlussbericht der Arbeitsgruppe für die Vorarbeiten einer Totalrevision der Bundesverfassung[13]:

> "Die Arbeitsgruppe verwendet sich dafür, das Prinzip des neuen Verantwortlichkeitsgesetzes des Bundes in die Bundesverfassung aufzunehmen, dass der Bund für den Schaden, den ein Beamter in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit Dritten widerrechtlich zufügt, ohne Rücksicht auf das Verschulden des Beamten haftet. Der Grundsatz sollte aber den Bundesgesetzgeber nicht hindern, z.B. für Kategorien von Härtefällen, eine Staatshaftung auch für rechtmässig verursachten Schaden einzuführen. Dagegen lehnt die Arbeitsgruppe ab, in der Bundesverfassung selber allgemein oder für einzelne Sachgebiete oder Fallgruppen eine Staatshaftung für Schädigung durch rechtmässige amtliche Tätigkeit vorzusehen. In dieser Beziehung sind eine Zurückhaltung und eine Differenzierung angezeigt, die nur der Gesetzgeber walten lassen kann, und auch er hat mit grossen Schwierigkeiten zu rechnen.
>
> Die Staatshaftung bei Widerrechtlichkeit sollte im Grunde auch den Kantonen auferlegt werden, denn sie ist ein Gebot der Rechtsstaatlichkeit. Die veraltete Lösung, dass der geschädigte Bürger den Beamten allein belangen kann, ist sowohl gegenüber dem Geschädigten, als auch gegenüber dem Beamten ungerecht. Die Verpflichtung der Kantone könnte vielleicht in der Weise etwas milder gefasst werden, dass in der Bundesverfassung gesagt würde, die Staatshaftung gelte auch für die Kantone, die sie nicht bis zum Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung von sich aus eingeführt haben werden."

Die wiedergegebene Stelle fasst auf engem Raum zusammen, womit sich die vorliegende Untersuchung speziell am Beispiel

---

13 SCHLUSSBERICHT 171, vgl. auch S. 380. - Vgl. ferner BERICHT 28 f.; VERFASSUNGSENTWURF Art. 6.

des bündnerischen Verantwortlichkeitsgesetzes[14] auseinandersetzt, nämlich mit Problemen aus dem Gebiet der AMTSHAFTUNG, d.h. der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit von Staat und Beamten für widerrechtlich verursachte Schäden aus hoheitlichen[15] Verrichtungen.

Das Zitat orientiert darüber, dass die Amtshaftung im Bund und in den Kantonen nicht einheitlich geregelt ist. Wie ersichtlich ist, gehen die Bestrebungen dahin, in der Verfassung einen Grundsatz aufzunehmen, welcher die Kantone zu Lösungen verpflichtet, die r e c h t s s t a a t l i c h e n Anforderungen genügen. Dabei soll die konkrete Ausgestaltung der kantonalen Amtshaftungsgesetzgebung zumindest dem Ausbildungsstand der bundesrechtlichen Regelung[16] entsprechen.

---

14 Werden im folgenden die kantonalen Verantwortlichkeitsgesetze (VG) bzw. Haftungsgesetze (HG) ohne nähere Angaben erwähnt, so sind jeweils die positivrechtlichen Regelungen gemeint. Ferner ist zu vermerken, dass der Einfachheit wegen die einschlägigen kantonalen Bestimmungen über die Verantwortlichkeit von Staat und Beamten in dieser Arbeit auch dann mit "VG" zitiert werden, wenn sie nicht in einem besonderen Verantwortlichkeitsgesetz, sondern beisplw. in einer Besoldungs-, Personal- oder Beamtenverordnung geregelt sind. Eine Zusammenstellung der geltenden kantonalen Amtshaftungsbestimmungen (Stand Mitte 1977) mit Angaben über Inkrafttreten und Textquelle findet sich hinten im Anhang II. - Der Anhang I gibt im Wortlaut das bündnerische Verantwortlichkeitsgesetz vom 29.10.1944 wieder.

15 Hier ist auf einen Aspekt hinzuweisen, der in der ganzen Arbeit gilt, jedoch nicht immer speziell erwähnt wird: Für die interne Beamtenhaftung für direkte Schädigung der Anstellungskörperschaft (dazu hinten § 6 I. 2.1), welche aus systematischen Gründen ein Anspruchsinstitut der Amtshaftung darstellt, spielt es keine Rolle, ob der in amtlicher Eigenschaft handelnde Beamte anlässlich der Erfüllung hoheitlicher oder gewerblicher Aufgaben Schaden anrichtet. Wesentlich ist, dass er das Gemeinwesen in amtlicher Eigenschaft schädigt (Näheres hinten § 13). Dieser Vorbehalt ist hinsichtlich der Definition der Amtshaftung als Anspruchsinstitut für hoheitlich-rechtswidrige Schädigung jeweils zu berücksichtigen.

16 VG des Bundes vom 14.3.1958 (SR 170.32). Vgl. dazu: Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines neuen Verantwortlichkeitsgesetzes (vom 29.6.1956), in: BBl 108 (1956) I 1393ff.; grundlegend M.KUHN.

Wie der BESONDERE TEIL[17)] der Arbeit zeigen wird, stimmt die Amtshaftungsgesetzgebung im Kanton Graubünden mit den im Schlussbericht der Arbeitsgruppe erwähnten Postulaten nicht überein.

Sofern diese Forderungen nicht bloss rechtspolitische Programme bleiben, sondern rechtliche Verbindlichkeit erhalten, muss der bündnerische Gesetzgeber das geltende Verantwortlichkeitsgesetz revidieren.

Bevor der Gesetzgeber eine bestehende Ordnung überholt, wird er das geltende Recht einer eingehenden Analyse unterziehen. Er wird insbesondere rechtshistorische Betrachtungen anstellen; denn nur wer den Entstehungsprozess eines reformbedürftigen Rechtsgebietes kennt, kann bereits in der Vergangenheit gemachte Fehler vermeiden[18)]. Die Legislative wird grundsätzlich zu untersuchen haben, welche Abänderungen vorzunehmen sind, damit die künftige Regelung dem zeitgemässen Rechtsempfinden gerecht wird. Mit solchen Fragen befasst sich der ALLGEMEINE TEIL der Arbeit.

Die geltende bündnerische Amtshaftungsordnung wird im BESONDEREN TEIL dieser Arbeit erörtert. Die Untersuchung bezweckt nicht, die gesetzgeberischen Möglichkeiten auszuschöpfen oder konkrete Gestaltungsvorschläge zu machen. In diesen Punkten beschränkt sich die Schrift auf Anregungen. Besondere Betrachtungen de lege ferenda gehören also nicht zur Aufgabe dieser Monografie. Dennoch erlaube ich mir, gelegentlich auf die Verbesserungsfähigkeit des bündnerischen Amtshaftungsrechts hinzuweisen. Solche Hinweise ergeben sich sinngemäss auch aus den Ueberlegungen zum ALLGEMEINEN TEIL der Darstellung.

---

17 Hinten § 19ff..
18 Gl.M. z.B.: H.-J.VOGEL 8.

2. ABGRENZUNGEN

Das Amtshaftungsrecht befasst sich als Teilgebiet des Haftpflichtrechts [19] mit den Fragen, wer gegenüber wem was aufgrund welcher Norm für in AMTLICHER Funktion anlässlich der Erfüllung HOHEITLICHER [20] Verrichtungen [21] RECHTSWIDRIG verursachten Schaden zu fordern bzw. zu leisten hat. Das Amtshaftungsrecht stellt gewissermassen das OEFFENTLICHRECHTLICHE Pendant zur PRIVATRECHTLICHEN "Unerlaubten Handlung" (OR 41ff.) dar. Die beiden ausservertraglichen [22] Haftpflichtgebiete stehen denn auch in mancher Hinsicht in enger Beziehung zueinander, was sich im Verlauf der Arbeit an verschiedenen Stellen zeigen wird.

Daraus folgt, dass die öffentlichrechtliche Haftpflicht für rechtmässig [23] oder aus vertraglichen Beziehungen entstande-

---

19 Ohne nähere Umschreibung - nicht wie z.B. "öffentliches Entschädigungsrecht" (hinten § 14 I.) oder "öffentlichrechtliche Entschädigung" (hinten § 4) - werden in dieser Arbeit die Begriffe "Haftpflicht", "Schadenersatzpflicht", "Entschädigungspflicht", "Reparationspflicht", "Ersatzpflicht" und "vermögensrechtliche Verantwortlichkeit" oder kurz "Verantwortlichkeit" als Synonyme verwendet. - Zu erwähnen ist, dass im deutschen Strifttum (vgl. z.B.: B.BENDER 201; F.WEYREUTHER B 58f.) Tendenzen bestehen, die Ausdrücke "Schadenersatz" und "Entschädigung" einander entgegenzusetzen, wobei mit "Schadenersatz" "Restitution", mit "Entschädigung" "Kompensation" gemeint ist. Ein gefestigter Sprachgebrauch hinsichtlich dieser Abgrenzung besteht jedoch weder in der Literatur noch in der Praxis. - Vgl. auch C.D.BEZZOLA 123 FN 1.

20 Vgl. den vorn § 1 FN 15 gemachten Vorbehalt.

21 Zum Begriff hinten § 10 (Vorbemerkungen).

22 Die Bezeichnung der Amtshaftung als ausservertragliche Haftungsordnung ist nicht uneingeschränkt richtig. Das Institut der Beamtenhaftung (hinten § 6 I.) setzt die Pflicht des den Staat, sei es direkt oder indirekt schädigenden Amtswalters voraus, diesen Schaden zumindest teilweise zu ersetzen. Diese Obliegenheit des Beamten stellt zwar keine vertragliche Pflicht dar (hinten § 8 FN 24), sie steht einer solchen rechtsdogmatisch gesehen jedoch näher als einer entsprechenden ausservertraglichen Verbindlichkeit. Sie ist Bestandteil des zwischen Staat und Beamten bestehenden Dienstverhältnisses.

23 Zur Haftung des Gemeinwesens für hoheitlich-rechtmässig verursachten Schaden hinten § 4 FN 4; § 14 I..

ne Schäden nicht Gegenstand dieser Arbeit ist. In sachlicher Hinsicht wird in der Darstellung ferner die privatrechtliche Haftpflicht von Staat und Beamten, d.h. die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit für in amtlicher Funktion anlässlich der Erfüllung GEWERBLICHER Verrichtungen entstandene Schäden - im Gegensatz zu den hier behandelten hoheitlichen - ausgeklammert[24].

Innerhalb der Amtshaftung unterscheidet man das Institut der Beamtenhaftung und dasjenige der Staatshaftung. Den Schwerpunkt der Arbeit bilden die Erläuterungen zur Staatshaftung, also zur vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des Gemeinwesens für den Drittpersonen[25] durch hoheitliche Verrichtungen widerrechtlich zugefügten Schaden. Diese Akzentuierung innerhalb des zu behandelnden Themas erfolgt deshalb, weil eine zeitgemäss, d.h. rechtsstaatlich verstandene Amtshaftung durch eine entsprechend ausgestaltete Staatshaftung geprägt wird. Ein weiterer Grund für diese Schwerpunktbildung ist die Möglichkeit, in bezug auf die Beamtenhaftung auf eine Untersuchung neueren Datums hinweisen zu können[26].

3. TERMINOLOGISCHES

Bereits wurden einige Begriffe erwähnt, welche zusammen mit ihren Synonymen das terminologische Gerippe des Amtshaftungsrechts ausmachen. Dazu zählen folgende Ausdrücke:

---

24 Die Arbeit gerät an zahlreichen Stellen in Kontakt mit Problemkreisen, wie z.B. die öffentlichrechtliche Entschädigung (hinten § 4 FN 4), deren Bewältigung sie sich nicht zur Aufgabe machen kann. Dadurch wird gelegentlich etwas vorausgesetzt, das ohne nähere Umschreibung eigentlich nicht vorausgesetzt werden dürfte. Diese thematisch bedingten Begrenzungen gehören zu den unvermeidbaren Schwächen der Darstellung.

25 Zum Begriff "Drittperson" und dessen Synonym "geschädigter Dritter" hinten § 9 II..

26 Gemeint ist die Arbeit von R.HOTZ. Sie berücksichtigt zwar lediglich das VG des Bundes und das VG ZH, doch sind die Ausführungen des Autors auch für die Regelung anderer Kantone beispielhaft oder zumindest informativ.

"Amtlich/Amtshandlung (staatlich)", "hoheitlich (obrigkeitlich)", "gewerblich (fiskalisch)", "öffentlichrechtlich" und "privatrechtlich (zivilrechtlich, bürgerlich)".

Da diese Ausdrücke in der vorliegenden Arbeit häufig verwendet werden, ist es angezeigt, bereits in der Einleitung auf ihr Verhältnis zueinander hinzuweisen. Dieses Vorgehen drängt sich auch deshalb auf, weil die erwähnten Begriffe in der einschlägigen Literatur nicht einheitlich gebraucht werden. Die Terminologien sind oft unklar und verwirrlich[27].

In dieser Darstellung wird unter "amtlich/Amtshandlung" das Verhalten[28] eines staatlichen Funktionärs verstanden, das er in der Eigenschaft als ein mit Aufgaben des Gemeinwesens betrautes Rechtssubjekt äussert. Keine Amtshandlungen sind demnach diejenigen rechtlichen Verbindlichkeiten, welche der Amtswalter in der Eigenschaft als Privatperson eingeht. Als Privatperson wird ein Beamter, haftungsrechtlich betrachtet, auch dann tätig, wenn er bloss "bei Gelegenheit"[29] amtlicher Verrichtungen Schaden verursacht oder wenn er mit Wissen und Willen seinen amtlichen Kompetenzbereich überschreitet. Für ausseramtlich verursachte Rechtsverletzungen wird er wie jeder andere Bürger aufgrund der Bestimmungen von OR 41ff. vermögensrechtlich verantwortlich.

---

27 Vgl. z.B.: H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 54ff. i.V.m. 90ff. (Zitat hinten § 13 FN 10); Ph.STAEHELIN 85 insbes. FN 9: "... für die Haftung ... ist nun entscheidend, ob die schädigende Handlung in Ausübung a m t l i c h e r oder g e w e r b l i c h e r Verrichtungen besteht", oder S. 89: "... und damit der Begriff "amtlich", d.h. hoheitlich, eng ausgelegt werden muss, ..." (Hervorhebungen jeweils durch mich); vgl. hinten § 13 bei FN 9.

28 Ein Verhalten kann in einem Tun oder einem Unterlassen bestehen.

29 Vgl. zur analogen Problematik von OR 55 die Literaturhinweise hinten § 6 FN 76.

Aufgaben, welche anlässlich von Amtshandlungen ausgeführt werden, können "hoheitlicher" oder "gewerblicher" Natur[30] sein. Eine hoheitliche Aufgabe ist nicht mehr und nicht weniger "amtlich", als es eine gewerbliche sein kann. Für die Umkehrung dieser Feststellung gilt dasselbe.

Der Ausdruck "amtlich" bezeichnet demnach die Eigenschaft eines Beamten, in welcher er eine hoheitliche oder gewerbliche Aufgabe erfüllt. Die Begriffe "hoheitlich" und "gewerblich" umschreiben den Zweck einer staatlichen Aufgabe, die mittels einer Amtshandlung wahrgenommen wird. Die Ausdrücke "hoheitlich" und "gewerblich" bilden ein gegensätzliches Begriffspaar. Ihre Abgrenzung hat nach rechtstheoretischen[31] Gesichtspunkten zu erfolgen.

Die Pflicht von Staat und Beamten, für hoheitlich-rechtswidrige Schädigungen Ersatz zu leisten, bedarf im gewaltenteiligen Staat[32] einer gesetzlichen Grundlage. Je nachdem,

---

30 Zu dem im juristischen Sprachgebrauch oft verwendeten Begriff der "Natur der Sache" (= "Rechtsnatur" einer Regelung) schreibt F.REGELSBERGER, Pandekten 68 (zit. bei P.LIVER, Rechtsquelle 27f.): "Der Inhalt eines Rechtssatzes wird daher wesentlich bestimmt durch die tatsächliche Beschaffenheit desjenigen typischen Lebensverhältnisses, welches den Gegenstand seiner Ordnung bildet, durch dessen wirtschaftlichen, sittlichen, gesellschaftlichen Zweck, durch seinen Zusammenhang mit dem Ganzen des Gemeinlebens, in das sich das einzelne Verhältnis als Glied einzufügen hat."

31 Dazu hinten § 3 I. 4.2.

32 Angesprochen ist hier das Legalitätsprinzip als Ausfluss des Grundsatzes der Gewaltentrennung, vgl. hinten § 14 III..

ob sich die Rechtsgrundlage[33] im öffentlichen oder privaten Recht findet, spricht man von "öffentlichrechtlicher" bzw. "privatrechtlicher" Haftpflicht. Die Unterscheidung der Haftpflicht nach ihrer Rechtsgrundlage erfolgt nach normativen[34] Gesichtspunkten.

III. METHODISCHES

1. ARBEITSKONZEPT

Die Untersuchung gliedert sich in zwei Teile, nämlich einen ALLGEMEINEN und einen BESONDEREN TEIL.

Der ALLGEMEINE TEIL stellt das Instrumentarium der Amtshaftung zusammen. Er inventarisiert ihre historischen, rechtlichen und systematisch-dogmatischen Grundlagen. Dabei wird auf einzelne Fragen nur dort näher eingetreten, wo diese nicht bereits in der einschlägigen Literatur, auf welche jeweils verwiesen wird, eingehend behandelt sind. Er versucht, einen Ueberblick über die aktuellen Probleme zu geben, welche aus dem Spannungsverhältnis zwischen der schädigenden Staatsgewalt und dem geschädigten Bürger entstehen. Dieser Aspekt bringt es mit sich, dass juristisch kontroverse Fragen bloss angedeutet, nicht aber abschliessend beantwortet werden können. Er erfordert jedoch, dass zahlreiche Belege aus Literatur und Rechtsprechung verarbeitet werden. Der Klarheit der Ausführungen wegen genügt es oft nicht, lediglich die Quelle anzugeben. An verschiedenen Stellen der Arbeit kommen deshalb die aufgeführten Autoren selber zu Wort.

---

33 Die Rechtsgrundlage einer Regelung ist das positive Recht. Vgl. zur Rechtsgrundlage im Amtshaftungsrecht hinten § 5 II. 2..

34 Dazu hinten § 3 I. 4.1.

Der BESONDERE TEIL befasst sich mit Fragen aufgrund des bündnerischen Verantwortlichkeitsgesetzes. Er ist derart angelegt, dass die Kenntnis der Grundlagen des Amtshaftungsrechts vorausgesetzt wird. Abgehandelt werden ausschliesslich Probleme, die sich nach bündnerischem Recht stellen.

2. FORMELLE GESTALTUNG

Die beiden Teile der Arbeit werden in Abschnitte und diese wiederum in Unterabschnitte unterteilt. Die Unterabschnitte zerfallen in Paragraphen (§), welche in der Darstellung durchnumeriert werden. Die Paragraphen sind in römische Zahlen (I., II. ...) und diese in arabische Ziffern (1., 2. ...) mit Dezimalklassifikation (1.1, 1.1.1 ...) aufgefächert. Die systematische Gliederung bildet zusammen mit den Ueberschriften der einzelnen Abteilungen das formelhafte Gerüst der Arbeit. Systematisch nicht klassifiziert sind die "VORBEMERKUNGEN". Sie enthalten methodische Hinweise und dienen dazu, längere Abteilungen einzuleiten sowie Uebergänge oder Zusammenhänge herzustellen.

3. AUSLASSUNGEN

3.1 Zum Notenapparat

Die methodische Gliederung in einen ALLGEMEINEN und einen BESONDEREN TEIL erfordert zahlreiche Verweisungen auf Stellen innerhalb der Arbeit. Sie dienen der Klarheit und lassen unnötige Wiederholungen vermeiden, bedingen jedoch einen umfangreichen Notenapparat. Dieser Umstand führt ferner dazu, dass mancherorts in der Untersuchung von Begriffen, Grundsätzen und Problemen die Rede ist, welche erst "hinten" erklärt werden oder die bereits "vorn" erörtert wurden.

Die Anmerkungen (FN) dienen einerseits als Quellennachweis und führen in dieser Funktion die Belegstellen auf. Andererseits enthalten die Fussnoten auch Bemerkungen, welche den Kontext näher ausführen und ihn dadurch entlasten. Die Numerierung der Fussnoten beginnt in jedem Paragraphen von neuem bei "1".

3.2 Literaturauswahl - Kein Rechtsvergleich

Durch den gelegentlichen Beizug ausländischer Literatur, vor allem deutscher, ist nicht beabsichtigt, rechtsvergleichende Betrachtungen anzustellen. Erklärtes Ziel dieser Arbeit ist, die Grundzüge des schweizerischen Amtshaftungsrechts festzuhalten und speziell einen Ueberblick über das bündnerische Verantwortlichkeitsgesetz von 1944 zu geben. Die Verwendung ausländischer Schriften hat den Sinn, die sich in dieser Arbeit stellenden Fragen aus anderer Sicht zu beleuchten, wobei nicht ausser Acht bleibt, dass andere Rechtsordnungen auch andere Amtshaftungsordnungen kennen. Trotzdem hat sich gezeigt, dass gewisse wissenschaftliche Erkenntnisse hier wie dort zutreffen, was ganz einfach deshalb der Fall ist, weil Ausgangspunkt der Amtshaftung "hüben" wie "drüben" die gleiche Frage ist, nämlich die Frage nach der Schadenersatzpflicht infolge rechtswidriger-hoheitlicher Verrichtungen.

3.3 Zum Schriftbild

Das Schriftbild ist in der Arbeit nicht einheitlich gestaltet. Damit soll auf die verschiedene Bedeutung und den unterschiedlichen Gehalt der textlichen Aussage aufmerksam gemacht werden. Durch Unterstreichen, GROSSSCHREIBEN und S p e r r s c h r i f t wird zudem her-

vorgehoben, was sich aus dem Text und seiner Anordnung nicht von selbst ergibt. Mit Hilfe dieser Gestaltungsmittel soll die Uebersicht der Darstellung erhöht werden.

3.4 Zitierweise

Zitiert wird entweder mit den bei den Literaturangaben vermerkten Abkürzungen oder, wo solche fehlen, nur nach dem Verfassernamen (Initiale des Vornamens, Familienname) oder nach Stichworten.

Zeitschriften und Urteile werden mit Bandzahl oder Jahrgang (in Klammern zusätzlich mit Erscheinungsjahr), wo solche Angaben fehlen, lediglich mit dem Erscheinungsjahr, weiter Abteilung und Seitenzahl (ev. noch mit der Kennziffer des Beitrages) zitiert.

Kommentare werden nicht nach der Seitenzahl, sondern nach der dem Werk eigenen systematischen Gliederung (z.B. Randnummer, Artikel, Buchstabe, Ziffer) zitiert.

Die Abkürzungen "Art." für "Artikel" und "S." für "Seite" werden i.d.R. weggelassen und nur dort geschrieben, wo ihr Weglassen möglicherweise zu Unklarheiten führen könnte.

In den Fussnoten werden die Schriften i.d.R. alphabetisch geordnet, mehrere Werke eines Autors zudem chronologisch. Abgewichen wird von dieser Ordnung dort, wo für bestimmte Sachfragen auf spezielle Literatur verwiesen wird. Dabei werden zu bestimmten Problemen bedeutungsvollere Werke weniger wichtigen Schriften vorangestellt.

A L L G E M E I N E R T E I L

G R U N D L A G E N

ERSTER ABSCHNITT: BEGRIFFLICHE GRUNDLAGEN

1. UNTERABSCHNITT: PROBLEMUEBERSICHT

§ 2

ALLGEMEINE BEMERKUNGEN

I. ÜBERSICHT

Die Formen, zu welchen sich Menschen zusammenfinden, sind zahlreich[1]. Mag dieser Hang zum Miteinander einem Trieb zur Geselllung entspringen[2] oder gar lebensnotwendige Voraussetzung sein, Tatsache ist, dass industrialisierte Gesellschaftssysteme ohne solche Gruppierungen nicht denkbar sind.

In der Gemeinschaft bilden die Menschen Regeln. Ziel solcher Regeln ist, Ordnung in die zwischenmenschlichen Beziehungen zu bringen. Diese Normen sollen mögliche Zwiste verhindern oder bereits vorhandene schlichten helfen; sie wollen auf die Dauer ein friedliches Zusammenleben sichern[3].

---

1 Z.B.: Freundschaften, Ehen, Vereine, Verbände, Kirchgemeinschaften, Staaten oder Staatenverbände.

2 R.ZIPPELIUS 9.

3 E.ALBRECHT 72; P.KIRCHHOF 57; K.LARENZ 165.

Ein Regelungssystem gesellschaftlicher Ordnung hat seinen gedanklichen Ursprung in verschiedenen Geistesbereichen. Neben dem Recht liefern auch Moral, Sitte, Religion, Ethik, Konvention und Mode Richtlinien, welche soziale Lebensverhältnisse mitgestalten. Insofern kann man vom Recht als "ethischem Minimum" [4] sprechen.

Das Recht setzt eine organisierte menschliche Gemeinschaft - ein Gemeinwesen - voraus[5]. Dem Gemeinwesen kommt unter anderem die Aufgabe zu, Rechtssätze zu formulieren und ihnen Verbindlichkeit zu verleihen. Dazu benötigt der Staat Macht. Sein Wirken begleiten oft Zwang und Herrschaft. Herrschaftliches, staatliches Auftreten schränkt den Freiheitsraum des Einzelnen ein. Gemeinwesen und Individuum stehen in einem dauernden Spannungsverhältnis, das jedoch nicht dergestalt sein darf, dass es einen sich aufhebenden Gegensatz bildet; denn es gilt zu bedenken, dass unbegrenzter Individualismus die Verneinung des Staates, unbegrenzter Etatismus die Verneinung jeglicher Individualität ist[6].

Die Verbindung von Staat und Herrschaft gilt nicht uneingeschränkt. Sie verliert ihre Rechtfertigung, sobald staatliches Wirken nicht mehr vom Zweck, ein gerechtes menschliches Zusammenleben zu ermöglichen, geleitet und bestimmt wird[7]. Auch der Freiheit des Einzelnen sind Schranken gesetzt. Sie sind dort zu ziehen, wo individuelles Verhalten die verfassungsmässige Ordnung stört oder gefährden würde[8]. Der Bürger ist verpflichtet, die Verfassung und die darauf bauenden

---

4 G.JELLINEK zit. bei L.SCHMIDT 378.
5 P.KIRCHHOF 57.
6 E.ALBRECHT 179.
7 E.ALBRECHT 165.
8 Ueber die Schranken der Grundrechtsausübung orientiert z.B. P.SALADIN, Grundrechte 340ff..

Erlasse zu beachten. Im demokratischen Rechtsstaat gründet diese Pflicht auf einer Ordnung, welche ihre Geltung in der Zustimmung einer Mehrheit findet. Der überwiegende Teil der Normadressaten ist daher gewillt, sich den formulierten Regeln zu unterordnen. So betrachtet,verkörpern Recht, Staat und menschliche Ordnung dasselbe[9]. Rechtliche Normen unterscheiden sich von anderen Verhaltensvorschriften durch ihr a u t o r i t a t i v e s Moment[10]. Dem Rechtsunterworfenen, der Rechtssätze missachtet, drohen nachteilige Folgen. Weil Rechtsnormen grundsätzlich mittels Sanktion erzwingbar sind, darf eine rechtlich erhebliche Pflichtwidrigkeit nicht unberücksichtigt bleiben. Sie muss v e r a n t w o r t e t werden.

Nicht allein Normen, sondern auch die Klarstellung von Begriffen tragen bei, Ordnung in menschliches Zusammenleben zu bringen[11]. Begriffe erläutern will auch der vorliegende erste Abschnitt.

II. VERANTWORTLICHKEIT (VERANTWORTUNG)

In seinem Bestreben sich selbst zu bestätigen, braucht der Mensch die Aufgabe, Verantwortung, Pflichten zu übernehmen. Solche Aufgaben bestimmen weitgehend sein Verhalten, geben seiner Tätigkeit Sinn und spornen ihn zu weiterem Tun an[12].

---

9 So: E.HUBER 104.
10 W.BURCKHARDT, Einführung 15f.; O.A.GERMANN, Rechtswissenschaft 27.
11 E. von HIPPEL 22.
12 HÖD Sp. 1680.

Jeder Bereich menschlicher Betätigung kennt daher Rechenschaftspflichten eigener Prägung. Demnach ist die Verwendung der Begriffe "Verantwortlichkeit" und "Verantwortung"[13] nicht einheitlich[14].

Diese Feststellung gilt im besonderen für das Recht. Keiner der beiden Begriffe bildet in der Rechtssprache ein festgefügtes Rechtsinstitut. Erst Attribute, je nach verletzter Interessenssphäre zugeordnet, wie z.B. politisch[15], verwaltungsrechtlich[16], disziplinarisch[17], strafrechtlich[18] oder z i v i l r e c h t l i c h[19] vermögen zu verdeutlichen.

Unter VERANTWORTUNG versteht man im allgemeinen die B e r e i t s c h a f t, für ein V e r h a l t e n e i n z u s t e h e n und dessen F o l g e n zu t r a g e n[20]. VERANTWORTEN heisst demnach, "R e d u n d A n t w o r t" stehen, bereit sein, Erfolge und Misserfolge auf sich zu nehmen[21].

---

13 H.RYFFEL 275, bezeichnet Verantwortlichkeit als "Aktualisierung von Verantwortung".

14 Vgl. H.RYFFEL 276: "'Verantwortung' ist ein Ausdruck für ein recht breites Feld von im Kern zwar gleichartigen, im übrigen aber verschiedenen Erscheinungen." - Informativ zur Bedeutung der Begriffe "responsable" und "responsabilité" im haftungsrechtlichen Sinne sind ferner die Aufsätze von: M.VILLEY v.a. 55ff. (responsabilité civile); J.HENRIOT 61f..

15 Vgl. dazu z.B.: E. EICHENBERGER, Politische Verantwortlichkeit 109ff.; P.R.MUELLER 254 und die dort in FN 17 zit. Autoren; BGE 93 (1967) I 74.

16 Vgl. dazu z.B.: O.K.KAUFMANN, Verantwortlichkeit der Beamten 277a; P.R. MUELLER 254.

17 Vgl. dazu z.B.: FLEINER/GIACOMETTI 689ff.; J.GRAF 50ff.; A.GRISEL 267f.; V.SCHALLER 29ff.; H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 27; E. ZUEST 28ff..

18 Vgl. dazu z.B.: J.GRAF 34ff.; A.GRISEL 274f.; H. SCHULTZ z.B. 27, 34; H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 27.

19 Die Begriffe "zivilrechtliche Verantwortlichkeit" und "vermögensrechtliche Verantwortlichkeit" sind Synonyme. Gl.M.: R.HOTZ 9 und die dort in FN 17 und 18 zit. Autoren; P.R.MUELLER 254 FN 20.

20 G.WAHRIG Sp. 3901.

21 O.K.KAUFMANN, Verantwortlichkeit der Beamten 217a.

Verantwortlichkeit ist eng mit ethischen und moralischen Vorstellungen verknüpft[22]. Die r e c h t l i c h geregelte Verantwortlichkeit hebt sich vom moralisch-sittlichen Verantwortlichkeitsbereich ab. Das Recht lässt es nicht, wie Ethik und Sitte, bei einem Appell an das Gewissen bewenden, sondern es sieht verbindliche, erzwingbare Anordnung vor.

Gesetze normieren Pflichten. Der Mensch, ein mit Vernunft begabtes Wesen, hat, will er frei von Sanktionen bleiben, die Rechtsnormen zu beachten. Verstösst der Rechtsunterworfene gegen diese Regeln, obschon er fähig ist, das Pflichtwidrige seiner Handlung einzusehen, muss er sein Verhalten verantworten. Insofern heisst Verantwortlichkeit auch Zurechnung zum Willen[23].

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit der Amtshaftung, d.h. mit der v e r m ö g e n s r e c h t l i c h e n V e r a n t w o r t l i c h k e i t von Staat und Beamten[24] für durch hoheitliches[25], rechtswidriges Verhalten verursachten Schaden. In der Rechtssprache heisst "vermögensrechtliche Verantwortlichkeit" auch "Haftpflicht". Der Begriff "Haftpflicht" leitet über zur nächsten Ziffer.

---

22 O.K.KAUFMANN, Verantwortlichkeit der Beamten 217a; L. von MOOS, StenBull. StR 66 (1956) 318; H.RYFFEL 275; E.ZUEST 1.
23 E.DEUTSCH 48; HÖD Sp. 1676; L. von MOOS, StenBull. StR 66 (1956) 318.
24 Vgl. zur Terminologie vorne § 1 FN 8.
25 Vgl. zur Terminologie vorne § 1 FN 15.

III. HAFTPFLICHT[26] UND HAFTPFLICHTRECHT

1. ALLGEMEINES

Das Recht hat die Aufgabe, den Frieden zu wahren. Jede Rechtsordnung, welche dem Prinzip der Vergeltung entwachsen ist, bedarf solcher Vorschriften, die sich mit den Folgen zugefügter Nachteile befassen. Die Gesamtheit derjenigen Normen, welche bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen[27] zu Schadenersatzleistungen verpflichten, bildet das HAFTPFLICHTRECHT. Zunächst weist der Begriff "HAFTEN" im Zusammenhang mit einem Schaden auf die Pflicht hin, ihn zu ersetzen, d.h. den Schaden vermögensrechtlich zu verantworten. H a f t p f l i c h t i g w i r d, w e r v e r m ö g e n s r e c h t l i c h v e r a n t w o r t l i c h i s t. "Vermögensrechtliche Verantwortlichkeit" und "Haftpflicht" sind dem Inhalt nach gleich bedeutend[28]. Beide Begriffe drücken die Pflicht aus, "einem anderen, gestützt auf eine gesetzliche Haftungsnorm, Schadenersatz oder eine Genugtuung zu leisten"[29].

---

26 Vgl. zum korrekt sprachlichen Unterschied zwischen Haftpflicht und Haftung: B. von BUEREN, OR AT 12f.; W.BURCKHARDT, Organisation der Rechtsgemeinschaft 403 FN 15; ders., Einführung 17f.; M.DESAX 34; von THUR/PETER, OR AT I/1 17, wo bemerkt wird, dass unter Haftung "die Rechtslage eines dem Zugriff des Gläubigers in der Zwangsvollstreckung ausgesetzten Vermögens" zu verstehen ist.

27 Vgl. zu den Allgemeinen Voraussetzungen der Haftbarmachung im Amtshaftungsrecht hinten § 7.

28 Vgl. zur Terminologie auch vorn § 2 FN 26.

29 A.MAURER, Privatversicherungsrecht 409; gl.M.: A.KELLER 26; K.OFTINGER I 3f..

2. ZUR BEDEUTUNG DER HAFTPFLICHT

Die Bestimmung eines Haftpflichtigen ist die Antwort auf die Frage, wer gegenüber wem was aufgrund welcher Norm zu fordern bzw. zu leisten hat, wobei der Inhalt der Leistung - Schadenersatz oder Genugtuung - bekannt ist.

Ausgangspunkt des Haftungsrechtes ist also ein SCHADEN [30]. Grundsätzlich hat zwar derjenige die Einbusse an Rechtsgütern zu tragen, der sie erleidet: casum sentit dominus [31]. Doch sehen Vertrag und Gesetz Möglichkeiten vor, den Schaden abzuwälzen. Welche Möglichkeiten das positive Recht normieren soll und wie diese konkret auszugestalten sind, sind Fragen rechtspolitischer Natur. Die Lösung solcher Probleme ist vom Entwicklungsstand und der Struktur einer Sozietät abhängig.

Grundsätzlich versucht das Haftpflichtrecht, die Folgen [32] rechtlich verpönter Schadenfälle in einem ökonomisch tragbaren Masse zwischen Opfer und Schädiger auszugleichen.

Das Schadenersatzrecht regelt in seinem äusseren Mechanismus die Schadenzurechnung und Schadenübernahme. Zweck der Haftpflicht ist, in der Ausmarchung zwischen Auferlegen von Verantwortung oder Gefährdung und im Zurechnen von Ursachen und Folgen eine gerechte Lösung zu finden. Das geltende Haftungsrecht geht davon aus, "dass derjenige den Schaden vom

---

30 Vgl. zum Begriff "Schaden" hinten § 7 II..
31 E.DEUTSCH 48; K.OFTINGER I 33 FN 120.
32 Solche Folgen sind: Schaden und immaterielle Unbill (Genugtuung), vgl. dazu hinten § 7 II..

Verletzten zu übernehmen hat, der deswegen näher am Schaden ist, weil er ein Verschulden oder eine übermässige Gefährdung gesetzt hat"[33].

Die wachsende Technisierung des menschlichen Alltags birgt eine Vielzahl von Gefahren und Schädigungsmöglichkeiten in sich und hat die Frage aufkommen lassen, ob das überkommene Haftungssystem[34] den Anforderungen einer sich in der Anonymität verlierenden Gesellschaft noch zu genügen vermag. Es sind Stimmen[35] laut geworden, welche das gegenwärtige Haftungssystem unter diesem Gesichtspunkt auf seine Tauglichkeit und Praktikabilität untersuchen. Die Bestrebungen, den Haftpflichtschutz auszudehnen, lassen auf ein verändertes Verständnis der Haftbarmachung schliessen. Begründender Gedanke der Schadenersatzpflicht ist nicht mehr allein die Verantwortung als ethisch-rechtliche Missbilligung im Sinne von "nicht der Schaden verpflichtet zum

---

33 E.DEUTSCH 78. Vgl. auch P.WIDMER, Standortbestimmung 313 FN 56: "Es geht bei der Gefährdungshaftung, im Grundsätzlichen gleich wie bei der Verschuldenshaftung, um einen Ausgleich ...: der Schaden ist definitiv von demjenigen zu tragen, der die Bedingungen für seinen Eintritt im eigenen Interesse schafft und - wenigstens organisatorisch - zunächst auch beherrscht."

34 Unter "überkommenem" (=gegenwärtigem) Haftungssystem" ist die Einteilung der Haftungsordnung in die Verschuldenshaftung als Regel und die Kausalhaftung als Ausnahme (K.OFTINGER I 14f.) zu verstehen. Vgl. zum Haftungssystem der Amtshaftung hinten § 16.

35 Vgl. z.B.: N.LUHMANN v.a. 17ff.; D.von SCHENK v.a. 73ff.; P.TERCIER, Considérations v.a. 6ff.; P.WIDMER, Gefahrensatz; ders., Standortbestimmung.

Schadenersatz, sondern die Schuld"[36]. Vielmehr ist heute die Idee der Schadendeckung, der Schadentragung vorherrschend[37/38].

Folgeerscheinungen dieses Bedeutungswandels sind die Forderung nach vermehrter sozialer Sicherheit und die "Tendenz, den Schaden wo möglich auf einen Ersatzpflichtigen abzuwälzen"[39]. Innerhalb dieser Entwicklung gewinnt sowohl die private wie die öffentliche Versicherung[40] zunehmend an Bedeutung[41/42].

---

36 JHERING, Vermischte Schriften juristischen Inhalts (1879) S. 199, zit. bei A.SPRECHER von BERNEGG 98.

37 H.KOETZ 8f.; K.OFTINGER I 38; R.SAVATIER S. 24 Nr. 15: "Au contraire, dans son sens nouveau la responsabilité est d'abord la protection d'une victime". Im gleichen Sinn W.YUNG 105.

38 Auch sprachlich kommt diese Auffassung zum Ausdruck, indem im Bereich der Amtshaftung neuere Erlasse schlicht von HAFTUNG sprechen, vgl. z.B.: Haftungsgesetz des Kts. ZH (vom 14.9.1969) oder Haftungsgesetz des Kts. NW (vom 25.4.1971).

39 K.OFTINGER I 38.

40 Das gilt besonders für die Haftpflichtversicherung als Personenversicherung. Vgl. dazu z.B. die Arbeit von Dieter SCHAEFER, Soziale Schäden, soziale Kosten und soziale Versicherung (Berlin 1972), in: Sozialpolitische Schriften, Heft 29. Vgl. dazu die Rezension von Alfred MAURER, in: SZS 21 (1977) 85ff..

41 J.-P.CHATELAIN 212; E.DEUTSCH 78ff.; K.OFTINGER I 38.

42 Trotz dem Wandel in der Auffassung über die Bedeutung und die Funktion der Schadenersatzpflicht gehört der Grundsatz "neminem laedere" nach wie vor nicht nur zu den Grundwerten des Haftpflichtrechtes, sondern des menschlichen Zusammenlebens überhaupt. Selbst, falls längerfristig betrachtet, die Ablösung der Haftpflicht durch das Versicherungswesen (K.OFTINGER I 42f.) nicht auszuschliessen ist, muss ausdrücklich vor der Einstellung gewarnt werden: "Was macht's - die Versicherung bezahlt ja!" Eine solche Gesinnung schwächt das Gefühl für die eigene Verantwortung, hemmt den Antrieb zur Vorsicht und lähmt letztlich jegliche Bereitschaft zur Gemeinschaft. Vgl. in diesem Zusammenhang die treffenden Gedanken von P.WIDMER, Standortbestimmung 328.

3. HAFTPFLICHTRECHT

Vorn[43] wurde das Haftpflichtrecht als die Gesamtheit derjenigen Normen bezeichnet, welche bei Vorhandensein bestimmter Voraussetzungen zu Schadenersatzleistungen verpflichten. Diese Umschreibung erfolgte ohne die Bemerkung, dass das positive Recht keinen Erlass aufweist, der die Haftpflichtnormen zusammenfassend regelt, wie z.B. das Erbrecht im 3. Teil des ZGB. Trotz zahlreicher Postulate[44], das Schadenersatzrecht zumindest in den Grundzügen zu vereinheitlichen, z.B. als allgemeiner Teil des Haftpflichtrechts[45], ist die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit bis heute zusammenhangslos[46] in zahlreichen Einzelgesetzen[47] geregelt[48].

---

43 Vorn § 2 III. 1..

44 Vgl. dazu: P Nr. 10470 (N7.10.70, NR CADRUVI, Wortlaut des P in: Beilage zum Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über seine Geschäftsführung im Jahre 1970, Motionen und Postulate der gesetzgebenden Räte S. 40, ebenfalls in: SJZ 66 (1970) 111); K.OFTINGER I 6 und 8 dort FN 14; die Resolution des Schweiz. Juristenvereins vom 24. 9.1967, in: ZSR NF 86 (1967) II 819 (vgl. auch die Referate der Tagung von F.GILLARD und E.W.STARK v.a. S. 100ff.).

45 K.OFTINGER I 47ff., versucht ein "System des Allgemeinen Teils des Haftpflichtrechts" zu bilden.

46 In einzelnen Gesetzen, z.B. GSchG 36 Abs. 3, EHG 14 Abs. 2 und SVG 62 Abs. 1, wird freilich für Sachfragen, die bereits in OR 41ff. geregelt sind, auf das Bundeszivilrecht verwiesen.

47 Vgl. für die (privatrechtliche) unerlaubte Handlung die Zusammenstellung, in: SR 221.112/.741 ; 221.112.742; 221.112.744/.952.

48 Im EJPD stecken nach Auskunft (November 1976) von Dr. P.WIDMER, wissenschaftlicher Adjunkt im EJPD, Sektion V, die Vorarbeiten zur Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts immer noch im Anfangsstadium. - P.NOLL 220f., empfiehlt, mit Verweisung auf E.W.STARK, im Haftpflichtrecht auf eine sog. "äussere" Kodifikation zu verzichten, weil sich seiner Meinung nach diese Sachmaterie nach Systematisierungsgesichtspunkten dazu nicht eigne. Durch die Vereinheitlichung in einem Prinzip oder Erlass würden die sachspezifischen Einzelheiten der verschiedenen Haftungstatbestände - denen mittels Spezialgesetzgebung besser gerecht werde - verloren gehen. Auch P.NOLL spricht sich jedoch für die Vereinheitlichung allgemeiner Haftpflichtgrundsätze aus.

Die über die gesamte Rechtsordnung verstreuten Rechtsquellen bewirken neben anderen Ungereimtheiten[49], dass ein einheitliches Verständnis der Ausdrücke "Haftpflicht" und "Haftpflichtrecht" nicht aufzukommen vermag. Es erstaunt somit nicht, dass, anknüpfend an die verschiedenen Ursachen und Voraussetzungen der einzelnen Haftungstatbestände, die beiden Begriffe in der Literatur[50] bald in einem "weiten", bald in einem "engen" oder gar in einem "engeren" Sinn definiert werden. Dazu kommt die Einteilung der Rechtsordnung in einen öffentlichen und privaten Rechtskreis, die im Bereich des Haftpflichtrechts zur Unterscheidung von öffentlichem und privatem Entschädigungsrecht führt. Die Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem (bürgerlichem) Recht bedeutet auch für das Schadenersatzrecht, dass, je nachdem ob die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit dem öffentlichen oder dem privaten Recht zugeordnet wird, verschiedene Rechtsgrundsätze[51] gelten.

Will man, wie es in dieser Arbeit notwendig wird, die Haftpflicht nach öffentlichem Recht von derjenigen nach Privatrecht gesondert darstellen, ist es unerlässlich - wenn auch lediglich in summarischer Form - auf die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht einzugehen.

---

49 Näheres dazu bei K.OFTINGER I 7.

50 Z.B.: R.HOTZ 7; A.KELLER 26; K.OFTINGER I 3f..

51 Der Umstand, dass im öffentlichen und privaten Recht z.T. unterschiedliche Grundsätze Anwendung finden, widerspiegelt die Tatsache, dass jeder der beiden Bereiche eine besondere Interessenlage kennzeichnet. - Vgl. zu den "öffentlichrechtlichen Prinzipien ... als Schranken gegen eine allzu unbekümmerte und stürmische Weiterentwicklung des öffentlichen Schadenersatzrechtes" (C.D.BEZZOLA 6) die Bemerkungen hinten § 3 I. 3..

HAFTPFLICHT NACH OEFFENTLICHEM UND PRIVATEM RECHT

I. EXKURS: ZUR EINTEILUNG DER RECHTSORDNUNG IN EINEN ÖFFENTLICHEN UND PRIVATEN RECHTSKREIS

VORBEMERKUNGEN

Vorauszuschicken ist, dass der vorliegende Exkurs nicht beabsichtigt, eigene Untersuchungen zur Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht anzustellen. Es werden weder THEORIEN [1)] noch LOESUNGEN zur Abgrenzung der beiden Rechtssphären aufgezeigt, sondern lediglich einzelne Aspekte der Unterscheidung beleuchtet. Obwohl in der Literatur [2/3)] über die Wahl der anwendbaren METHODEN und Theorien nicht immer Einigkeit besteht, wird die Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht als durchführbar vorausgesetzt.

---

1 Vgl. zu den einzelnen Theorien: Th.FLEINER, Grundzüge 37ff.; H.HUBER, BeKo Einleitungsbd., Art. 6 Nr. 119-132; A.GRISEL 44ff.; IMBODEN/RHINOW I Nr. 1 B II; P.R.MUELLER 8 mit Literaturnachweis in FN 46; P.MOOR, Distinction 145ff.; K.RAMSTEIN 13ff..

2 Vgl. die Uebersicht bei A.MEIER-HAYOZ, BeKo Grundeigentum II, Art. 680 Nr. 8ff..

3 Th.FLEINER, Grundzüge 39, versucht mit der "Methode der Konsequenz" ein weiteres Unterscheidungskriterium in die Diskussion zu werfen. Er stellt fest, dass das Janusgesicht des Staates mit einer öffentlichrechtlichen und einer privatrechtlichen Seite rechtstheoretisch ein Unding darstelle (S. 40). Wohl könne der Staat dem Privatrecht unterstellt werden, wenn dies für die Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses sinnvoll sei. Der Staat sei aber kein Komödiant, der mit zwei Gesichtsseiten auftrete (S. 41). - Wird damit die "Komödie" nicht lediglich um eine Szene erweitert?

1. ZUR UNTERSCHEIDUNG ZWISCHEN ÖFFENTLICHEM UND PRIVATEM RECHT: GRUNDSÄTZLICHES

Das positive Recht [4] setzt die Zweiteilung der Rechtsordnung voraus und knüpft an die Zugehörigkeit einer Rechtsbeziehung zum einen oder anderen Bereich Rechtsfolgen [5] von praktischer Tragweite [6] . Die historische Komponente der Grenzziehung zwischen öffentlichem und privatem Recht erklärt, dass die Anschauungen über das Verhältnis der beiden Rechtssphären zueinander geschichtlich bedingt sind und sich zusammen mit der Auffassung über die Beziehung zwischen Staat und Bürger (Gesellschaft) ständig wandeln [7] .

Von der Vorstellung über das Verhältnis zwischen öffentlichem und privatem Recht hängen die in der Praxis angewandten Abgrenzungstheorien ab. Es ist daher angezeigt, kurz auf die heute geltende Auffassung über das Verhältnis von öffentlichem und privatem Recht einzugehen.

---

4 BV 64 i.V.m. BV 3, vgl. dazu: H.HUBER, BeKo Einleitungsbd., Art. 6 z.B. Nr. 7, 10, 68 und 130 a.E.; ders., Verhältnis 175; F.GYGI, Rechtsetzungszuständigkeit (mit neuen Aspekten zu BV 64); IMBODEN/RHINOW I Nr. 1 B Ia; M.KUMMER 21; BGE 102 (1976) I b 316. - Vgl. z.B. auch: ZGB 5 Abs. 1; ZGB 59 Abs. 3.

5 Damit sind die vorn § 2 bei FN 51 erwähnten Rechtsgrundsätze angesprochen. Vgl. dazu hinten § 3 I. 3..

6 Gl.M.: Z.GIACOMETTI, Allg. Lehren 91; IMBODEN/RHINOW I Nr. 1 B I.

7 "Bei der Berufung auf den Wandel der Anschauungen ist zwar stets Vorsicht geboten, denn auch die Rechtswissenschaft ist nicht frei von 'Modeströmungen'" (P.R.MUELLER 12 FN 64, mit weiteren Bemerkungen zu der sich durch den sozialgeschichtlichen Wandel verändernden Normsituation). Vgl. dazu auch: H.HUBER, BeKo Einleitungsbd., Art. 6 Nr. 132ff..

2. ZUR ZEITGEMÄSSEN AUFFASSUNG ÜBER DAS VERHÄLTNIS VON ÖFFENTLICHEM UND PRIVATEM RECHT

Das Verhältnis zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht ist weder von der Wissenschaft[8] noch von der Praxis[9] e i n d e u t i g geklärt. Ob es überhaupt möglich sein wird, exakte, trennende oder verbindende Merkmale anzugeben, ist an dieser Stelle nicht zu untersuchen.

Feststeht, die frühere[10] Auffassung, wonach öffentliches und privates Recht zwei voneinander unüberbrückbar verschiedene Welten darstellen, haben Lehre[11] und Rechtsprechung heute[12] preisgegeben. Eine s c h a r f e Trennungslinie, an der sich der Kreis der öffentlichen Rechtsverhältnisse von demjenigen privatrechtlicher Beziehungen scheidet, kann es deshalb nicht geben, weil durch rechts- und sozialgeschichtliche Entwicklungsprozesse die Bedürfnisse einer Rechtsgemeinschaft laufend ändern und als Folge davon auch die Anforderungen an die Rechtsordnung. Hans HUBER[13] bemerkt dazu, dass eine strenge klassifikatorische Scheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht gar nicht möglich sei. Bei der Unterscheidung der beiden

---

8 Gl.M. sind z.B.: Z.GIACOMETTI, Allg. Lehren 94; H.HUBER, BeKo Einleitungsbd., Art. 6 Nr. 116 und 130; P.R.MUELLER 16; K.RAMSTEIN 11.

9 Gl.M.: H.HUBER, BeKo Einleitungsbd., Art. 6 Nr. 115; P.R.MUELLER 16 insbes. FN 88: "Denn die Erfahrung zeigt, dass es eine Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht gibt und dass die Grenze in der Praxis auch immer "irgendwie" gefunden wird, wenn sie auch nicht immer gleich gezogen wird". Vgl. als Bspl.: BGE 96 (1970) I 408f..

10 Statt vieler: O.MAYER 113ff..

11 P.FLUECKIGER 137; A.GRISEL 44; F.GYGI, Verwaltungsrecht und Privatrecht 7; M.IMBODEN, Fortbildung 84; M.LEUTHOLD 3; Chr.Fr.MENGER 160; P.R.MUELLER 8ff..

12 Z.B. BGE 96 (1970) I 99ff..

13 H.HUBER, BeKo Einleitungsbd., Art. 6 Nr. 130.

Rechtssphären handle es sich um eine geschichtlich bedingte Typologie; denn "es gibt eben typische und weniger typische Rechtssätze des öffentlichen Rechts und des Privatrechts".

Aufgrund dieser Erkenntnisse empfiehlt Hans HUBER[14], bei der ABGRENZUNG zwischen öffentlichem und privatem Recht, auf die noch zurückzukommen ist[15], nicht allzusehr an das "Rechtstechnische" und "Rechtsförmliche" anzuknüpfen. Entscheidend für die Unterscheidung sei die "juristische Phänomenologie"[16] von Rechtssätzen. Die Typizität von Rechtsbeziehungen bestimme sich nach der "Rechtsstruktur" und dem "Rechtsinhalt" einer Regelung.

Trotz dem Wandel in der Anschauung über das Verhältnis zwischen öffentlichem und privatem Recht darf nicht vergessen werden, dass sich in der Zweiteilung der Rechtsordnung die A n t i n o m i e von Staat und Individuum widerspiegelt[17]. Daran ändert auch die K o o p e r a t i o n und K o o r d i n a t i o n der beiden Sphären nichts. Die wachsende Interdependenz zwischen öffentlichem und privatem Bereich führt jedoch dazu, dass die Abgrenzung stets komplizierter wird. Es erstaunt daher nicht, dass mit zunehmender Schwierigkeit hinsichtlich der Unterscheidung der beiden

---

14 H.HUBER, BeKo Einleitungsbd., Art. 6 Nr. 131.
15 Hinten § 3 I. 4..
16 Eine Aufzählung von Phänomenen macht H.HUBER, BeKo Einleitungsbd., Art. 6 in den Nr. 134-146.
17 K.A.BETTERMANN, Anmerkungen zum Beschluss des BGH vom 23.3.1976 - GSZ 1/75, in: DVBl. 92 (1977) 181.

Rechtskreise gerade für das Gebiet des Haftpflichtrechts postuliert[18] wird, es sei auf die Trennung zwischen öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher vermögensrechtlicher Verantwortlichkeit zu verzichten.

In der Tat erscheinen Gemeinwesen, Gesellschaft und Wirtschaft nicht mehr, wie im konstitutionell liberalen Staat des 19. Jahrhunderts, als getrennte Grössen[19]. Sie sind heute durch wechselseitige Abhängigkeit vielmehr ineinander verzahnt. Der moderne Leistungsstaat[20] wird mit Mitteln und in Formen des Privatrechts[21] tätig. Sein Aufgabenkatalog[22] beschränkt sich nicht mehr vor allem auf die Wahrung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit. "Daseinsvorsorge"[23] ist eines der Schlagworte im modernen Wohlfahrtsstaat. Dabei ist zu bedenken, dass das Gemeinwesen nicht nur dort als Hoheitsträger auftritt, wo es in Formen der Eingriffsverwaltung[24] tätig wird. Auch dort, wo zwischen dem Ein-

---

18 Z.B. P.GRAFF 462a, wo der Autor in diesem Zusammenhang von einer "distinction ... artificielle" spricht. Aehnlich auch F.GYGI, Staatshaftung und Verwaltungsrechtspflege 236 (Nr. 4), welcher erwähnt, es bestünden wenig Anhaltspunkte dafür, dass die hoheitliche Stellung des Gemeinwesens an und für sich der Gestalt des Amtshaftungsrechts im Vergleich zum privaten Schadenersatzrecht eine andere und eigenständige Prägung zu geben vermöchte.

19 J.P.MUELLER 733; P.R.MUELLER 111; P.U.ROSENSTOCK 34.

20 Hieher gehört der Begriff der "Leistungsverwaltung". Vgl. dazu: Th. FLEINER, Grundzüge 27f., 432ff.; J.GROSS 111ff. (Leistungsverhältnis: Patient - öffentliches Spital); F.GYGI, Verwaltungsrecht und Privatrecht 20 bei FN 4; IMBODEN/RHINOW I Nr. 2 B IIb, Nr. 59 B IIa; P.R. MUELLER 111ff.; hinten § 10 III. 2.2.

21 Ueber die verschiedenen Organisationsformen, welcher sich das Gemeinwesen bei der Erfüllung seiner Aufgaben bedient vgl.: P.R.MUELLER (durchgehend); Th.FLEINER, Grundzüge 432ff.; IMBODEN/RHINOW II Nr. 137 B; Exposé der eidg. Justizabteilung vom 19.2.1974, in VPB 39 (1975) Nr. 1; hinten § 10 III. 1..

22 Vgl. als Bspl. den Aufgabenkatalog des Bundes, in: Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Richtlinien der Regierungspolitik in der Legislaturperiode (1975-1979), in: BBl 128 (1976) I 442ff., S. 459ff..

23 Vgl. zum Begriff vorn § 1 FN 3.

24 Vgl. hinten § 10 III. 2.1.

zelnen und dem Staat in Form gesteigerter Abhängigkeit des Bürgers von der Leistungsverwaltung ein tatsächliches Machtgefälle gegeben ist, liegt ein Verhältnis der Unter- bzw. Ueberordnung vor. Denn bei den staatlichen Leistungsverhältnissen, bespielsweise der Versorgungs- und Verkehrsbetriebe, besteht aufgrund einer faktischen und rechtlichen Monopolsituation eine Rechtslage, die sich im Effekt von den Beziehungen bei der Eingriffsverwaltung nicht wesentlich unterscheidet[25].

Umgekehrt wachsen grössere Wirtschaftsunternehmungen zusehends in den Bereich des "Oeffentlichen". Marktbeherrschende und marktregelnde Organisationen nehmen die Stellung von sog. "pouvoirs intermédiaires" ein [26].

Die Veränderung der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Strukturen und die dadurch bedingte Verzahnung von öffentlichem und privatem Recht dürfen jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Zweiteilung der Rechtsordnung nach wie vor praktische Tragweite zukommt.

---

25 Vgl. J.GROSS 116; F.GYGI, Verwaltungsrecht und Privatrecht 20 FN 4; K. RAMSTEIN 80, 83; hinten § 12 II..

26 Vgl. zu diesem Phänomen: K.H.BIEDENKOPF 11ff.; die Referate von Peter SALADIN und Hans-Jürgen PAPIER zum Problem der "Unternehmen und Unternehmer in der verfassungsrechtlichen Ordnung der Wirtschaft", in: VVDStRL 35 (1977) 7ff. bzw. 55ff. (vgl. dazu die Bemerkungen von Friedrich E.SCHNAPP, in: DVBl. 92 (1977) 30ff.); D.SCHEFOLD 27ff. (mit Hinweis auf die schweizerischen Verhältnisse); Rudolf TSCHAENI, "Die Wirtschaftsmächte an ein neues Recht binden", in: TA vom 14.5.1977, S. 41f.; Raimund WIMMER, "Brauchen wir ein Verbändegesetz", in: DVBl. 92 (1977) 401ff.; die Schrift "Macht der Verbände - Ohnmacht der Demokratie", hrg. von Wanfried DETTLING (München/Wien 1977). Vgl. ferner auch F.RIGAUX 2 insbes. FN 2: "La concentration capitaliste est le phénomène décisif du droit privé économique. Il entraîne l'apparition de véritables pouvoirs privés économiques. De simples personnes privées disposent d'un pouvoir de décision unilatéral, analogue sur le plan matériel, à celui de la puissance publique. Ce ne sont plus que les structures formelles du droit privé qui sont utilisées."

3. ASPEKTE ZUR PRAKTISCHEN BEDEUTUNG DER ABGRENZUNG VON ÖFFENTLICHEM UND PRIVATEM RECHT

Die praktische Tragweite der Abgrenzung der beiden Rechtssphären zeigt sich beispielsweise in folgenden Rechtsgrundsätzen[27]:

- Während im öffentlichen Recht unter anderem die Grundsätze der GESETZMAESSIGKEIT[28], der RECHTSGLEICHHEIT[29], der VERHAELTNISMAESSIGKEIT[30] und des VERWALTUNGSZWANGS[31] gelten, ist das Privatrecht vom Prinzip der PRIVATAUTONOMIE[32] beherrscht[33];

---

27 Es werden lediglich Aspekte aufgeführt, die im Zusammenhang mit der Unterscheidung öffentliche - privatrechtliche Haftungsordnung bedeutsam sind.

28 Zur Bedeutung des Legalitätsprinzips im Amtshaftungsrecht vgl. hinten § 14 III..

29 Vgl. zur Bedeutung der Rechtsgleichheit im Zusammenhang mit der Amtshaftung hinten § 14 II. 2..

30 Vgl. grundsätzlich zum Verhältnismässigkeitsprinzip: H.HUBER, Grundsatz der Verhältnismässigkeit; Ch.L.WICK 36ff.; A.WOLFFERS.

31 Vgl. zum Verwaltungszwang: H.A.MUELLER; IMBODEN/RHINOW I Nr. 49-54.

32 Der Grundsatz der Privatautonomie bedeutet "Freiheit in der Rechtsgestaltung" (P.R.MUELLER 307 insbes. FN 73ff.; J.GROSS 69) und ermöglicht dem einzelnen Rechtssubjekt sein rechtliches Verhalten innerhalb der verfassungsrechtlichen Ordnung nach Belieben zu gestalten. Insbesondere soll der Rechtsträger selbständig (=eigenverantwortlich) bestimmen können, ob und wie er mit anderen Rechtssubjekten in rechtliche Beziehungen treten will.

33 In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage der Drittwirkung der Grundrechte. Es geht hierbei um das Problem, ob die verfassungsrechtlich verankerten Rechtsgewährleistungen oder einzelne davon nicht nur im "vertikalen" Verhältnis zwischen Staat-Bürger, sondern auch im "horizontalen" Verhältnis zwischen Privaten unter sich Geltung haben. - Im Bereich der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des Gemeinwesens ist die Problematik insofern bedeutsam, als sich die Frage stellt, an welche verfassungsrechtliche Grundsätze das als Privatrechtssubjekt auftretende (und schädigende) Gemeinwesen gebunden ist. Vgl. allgemein zur Lehre der Drittwirkung der Grundrechte: H.DUELP; J.GROSS 40 insbes. FN 68 (mit Bibliografie); ders., in: SJZ 73 (1977) 155; P.R. MUELLER 273ff. (mit Literaturnachweis und Besprechung des Schrifttums), 313ff.; P.SALADIN, Grundrechte 320f.; SCHLUSSBERICHT 98ff..

- Mit der Zuweisung einer Angelegenheit zum einen Rechtsgebiet wird in der Regel der Rechtsweg festgelegt[34]: privatrechtliche Probleme hat der Zivilrichter, öffentlichrechtliche der Verwaltungsrichter zu beurteilen;

- Nach der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht richtet sich die Rechtsetzungskompetenz des Bundes auf dem Gebiet des Zivilrechts (BV 64) [35]und die Rechtsetzungshoheit der Kantone im Bereich des öffentlichen Rechts[36];

- Speziell auf dem Gebiet der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit führt die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht dazu, dass im Amtshaftungsrecht z.T. ein anderer Rechtswidrigkeitsbegriff[37] verwendet wird als im privaten Haftpflichtrecht.

---

34 Das Prinzip der F u n k t i o n s r e i n h e i t besagt, dass die Rechtsnatur eines Streitverhältnisses den Rechtsweg bestimmen soll. Es ist im Amtshaftungsrecht bei weitem nicht verwirklicht, vgl. z.B. VG AG 9; VG GR 20; HG ZH 19. Es liegt jedoch auf der Hand - wie es im Bund der Fall ist, vgl. VG des Bundes Art. 10 - für Streitigkeiten aus dem Bereich der Amtshaftung denjenigen Rechtsweg vorzusehen, der zur Ueberprüfung staatlichen Handelns institutionalisiert ist. Denn obwohl im Verwaltungsprozess- und im Zivilprozessrecht nicht grundsätzlich verschiedene Verfahrensgrundsätze gelten, bestehen zwischen den beiden Rechtswegen hinsichtlich der Prozessmaximen doch gelegentlich Unterschiede. - Vgl. zu den Prozessmaximen im Verwaltungsprozess: F.GYGI, Verwaltungsrechtspflege 55ff.; A.KOELZ, Prozessmaximen (durchgehend); zu jenen im Zivilprozess: M.KUMMER 64ff..

35 Zu BV 64 vorn § 3 FN 4.

36 Nach BV 3 sind die Kantone auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, wozu auch das Amtshaftungsrecht gehört, souverän, soweit ihre Souverenität nicht durch die BV beschränkt wird. - Vgl. zur Gesetzgebungskompetenz im Bereich der Amtshaftung hinten § 5 II. 2..

37 Zum Problem der Widerrechtlichkeit im Amtshaftungsrecht hinten § 7 V..

4. METHODEN ZUR UNTERSCHEIDUNG ZWISCHEN ÖFFENTLICHEM UND PRIVATEM RECHT

Das positive Recht geht von der Zweiteilung der Rechtsordnung aus. Die Gesetzgebung enthält keine Hinweise, nach welchen Kriterien die Sonderung vorzunehmen ist. Ohne Angaben von Unterscheidungsmerkmalen wird die Abgrenzung als durchführbar vorausgesetzt. Es ist somit Lehre und Rechtsprechung überlassen, entsprechende Entscheidungsgrundlagen zu erarbeiten.

Wissenschaft und Praxis haben sich dieser Aufgabe angenommen und eine Vielzahl von "Theorien"[38], "Merkmalen", "Kriterien", "Gesichtspunkten" und "Methoden" zur Abgrenzung ausgeformt. Darauf wird im folgenden kurz eingegangen.

4.1 Zur rechtsförmlichen (normativen) Abgrenzungsmethode

Die Beurteilung von Rechtsbeziehungen nach RECHTSFOERMLICHEN (normativen) Gesichtspunkten erfolgt danach, dass durch das ZGB geregelte Rechtsverhältnisse als privatrechtliche und solche, die ihre Rechtsgrundlage im öffentlichen Recht haben, als öffentlichrechtliche qualifiziert werden. Diese Betrachtungsweise erfolgt unbesehen davon, welche Ordnungsprinzipien das in das Schema: öffentliches - privates Recht, einzuordnende Lebensverhältnis kennzeichnen. Entscheidungskriterium für die Abgrenzung von Privatrecht und öffentlichem Recht ist ausschliesslich die Handlungsform der Rechtsgestaltung. Im Bereich

---

38 Literaturnachweis zu den Abgrenzungstheorien vorn § 3 FN 1. Vgl. zur Abgrenzung Privatrecht - öffentliches Recht auch J.GROSS 69f.; F.RIGAUX 1f..

der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit wird diese Methode dort angewandt, wo für die Frage, ob auf einen Schadentatbestand öffentliches oder privates Recht anwendbar ist, auf die Organisationsform des Rechtsträgers abgestellt wird, von dem die schädigenden Verrichtungen ausgegangen sind. Solche Probleme stellen sich bei der rechtlichen Qualifikation der Haftung von Organisationen ausserhalb der unmittelbaren Verwaltungseinheiten [39] (= Departementalverwaltung), welche in privatrechtlichen Gestaltungsformen (Gesellschaftsformen des OR, Verein nach ZGB u.a.) organisiert sind, die aber anlässlich der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben widerrechtlich Rechte Dritter verletzt haben.

Lehre und Rechtsprechung [40] haben m.E. zu Recht der rechtsförmlichen Abgrenzungsmethode keine entscheidende Bedeutung beigemessen; denn "anerkanntermassen enthält das ZGB ... neben materiellem Privatrecht auch

---

39 Einzelne kantonale Gesetzgeber verfahren bei der Festlegung des sachlichen Geltungsbereiches ihrer Amtshaftungserlasse nach der rechtsförmlichen Methode, vgl. z.B.: VG SG 1; VG GR 1 Abs. 1; HG ZH 3 Abs. 1; VG SZ 1 Abs. 1; HG NW 1 Abs. 1. Anders dagegen, d.h. nicht auf die Rechtsform abstellend, VG des Bundes, Art. 1 Abs. 1 lit. f. - Vgl. zu den "mit öffentlichen Aufgaben betrauten Organisationen" ausserhalb der Departementalverwaltung: P.R.MUELLER 110ff.; R.HOTZ 35; IMBODEN/RHINOW II Nr. 137; M.KUHN 115; VPB 39 (1975) Nr. 1 S. 1ff..

40 Lehre: H.HUBER, BeKo Einleitungsbd., Art. 6 Nr. 131; IMBODEN/RHINOW I Nr. 1 B III.
Rechtsprechung: z.B.: BGE 96 (1970) I 100: "Der Standort einer gesetzlichen Bestimmung bildet nur insofern einen Anhaltspunkt für deren rechtliche Qualifikation, als sich daraus Rückschlüsse auf Sinn und Zweck der Vorschrift ziehen lassen".

Vorschriften, welche materiell als öffentliches Recht bezeichnet werden müssen"[41]. Trotzdem werden normative Gesichtspunkte recht häufig zur Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht herangezogen[42/43].

4.2 Zur rechtstheoretischen Abgrenzungsmethode

Die Zuteilung von Rechtsbeziehungen zum öffentlichen oder privaten Recht nach der RECHTSTHEORETISCHEN (r e c h t s s t r u k t u r e l l e n) Methode erfolgt aufgrund der Analyse der "Regelungsart", der "Regelungstechnik" oder der "Struktur"[44/45] eines zu

---

41 BGE 96 (1970) I 408. - Auch im Bereich der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit enthält das ZGB materielles öffentliches Recht, vgl. für die Staatshaftung: ZGB 42 Abs. 3, 427, 430, 849, 955, OR 928 Abs. 3 (in diesem Zusammenhang auch SchKG 6); für die Beamtenhaftung: ZGB 42 Abs. 1 und 2, 426, 428-430, OR 928 Abs. 1 und 2 (in diesem Zusammenhang auch SchKG 5). Gl.M. sind z.B.: C.D.BEZZOLA 31; DESCHENAUX/TERCIER 48.- P.PORTMANN 125, lässt die Frage, ob es sich bei den zit. Art. um Normen des öffentlichen oder privaten Rechts handelt, ausdrücklich offen.

42 "Auf Umwegen" vertreten im Amtshaftungsrecht (dazu hinten § 13 II.) die rechtsförmliche Methode auch jene Autoren, welche in der Abgrenzung von "hoheitlichen" und "gewerblichen" Verrichtungen ein Mittel erblicken, um Lücken im öffentlichrechtlichen Haftpflichtschutz zu füllen. Die Tatsache ausnützend, dass das öffentliche Recht Lücken aufweist und keinen allgemeinen Haftungstatbestand (Generalklausel) analog zu OR 41ff. kennt, zielen diese Autoren darauf ab, all diejenigen Haftungstatbestände als "gewerblich" zu erklären, für welche das Amtshaftungsrecht keinen Haftpflichtschutz gewährleistet.

43 Dass sich auch das BGer. mit der rechtsförmlichen Methode befasst, zeigt z.B. BGE 96 (1970) I 408: "Für die von Art. 5 VwG getroffene Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht fällt die rein formelle, lediglich auf die Rechtsquelle abstellende Unterscheidung ausser Betracht".

44 F.GYGI, Rechtsetzungszuständigkeit 344; H.HUBER, BeKo Einleitungsbd., Art. 6 Nr. 130.

45 Für den Begriff "(Rechts-) Struktur" von Rechtssätzen werden in der Literatur und in dieser Arbeit auch die Synonyme: "Natur" (dazu MBVR 63 (1965) 355 und vorn § 1 FN 30), "Typus/Typizität", "Wesen" und "Charakter" verwendet.

beurteilenden Rechtsverhältnisses. Auf die Frage, ob ein Tatbestand und die darauf anwendbaren Rechtssätze zum einen oder anderen Rechtskreis gehören, entscheidet die h.L.[46] grundsätzlich nach der Formel[47] : Privatrecht normiert Rechtsverhältnisse zwischen gleichgeordneten Rechtssubjekten. Oeffentliches Recht regelt die Rechtsbeziehungen von Parteien, die sich nicht als gleichgeordnete (gleichberechtigte) Partner gegenüber stehen. Hier ist der eine Kontrahent (Gemeinwesen), ausgestattet mit Befehlsgewalt (hoheitlicher, obrigkeitlicher Gewalt, imperium[48]), dem anderen faktisch und rechtlich ü b e r g e o r d n e t. Als weitere Abgrenzungsaspekte dienen verschiedene Merkmale[49] ,

---

46 Statt vieler: H.HUBER, BeKo Einleitungsbd., Art. 6 Nr. 130; IMBODEN/RHINOW I Nr. 1 B IV; A.MEIER-HAYOZ, BeKo Grundeigentum II, Art. 680 Nr. 16f.; P.R.MUELLER 16.

47 Die Formel wird als Subordinationstheorie - auch Unterordnungs-, Subjektions- oder modifizierte Subjektstheorie genannt - bezeichnet. Vgl. BGE 96 (1970) I 409: "Das Bundesgericht hat in der erwähnten Rechtsprechung bei der Abgrenzung des materiellen privaten vom materiellen öffentlichen Recht wiederholt, der sogenannten Subordinationstheorie folgend, festgestellt, das Privatrecht ordne die Rechtsbeziehungen zwischen gleichartigen, gleichwertigen, gleichberechtigten Rechtssubjekten, während das öffentliche Recht das Unterordnungsverhältnis des Bürgers zur Staatsgewalt regle (BGE 54 II 122, 40 II 85)". - Vgl. zur modifizierten Subjektionstheorie im Sinne einer der Entwicklung des modernen Gemeinwesens angepassten Form: J.GROSS 116; Karl August BETTERMANN (Anmerkungen zum Beschluss des BGH vom 23.3.1976 - GSZ 1/75), in: DVBl. 92 (1977) 181.

48 Man spricht in diesem Zusammenhang auch von "rechtlichem Mehrwert"; damit ist ausgedrückt, dass sich die "Ueberordnung" nicht aus der vorn § 3 bei FN 26 erwähnten "wirtschaftlichen" Macht ergibt, sondern sich auf die mit den Mitteln des Verwaltungszwangs durchsetzbare hoheitliche Gewalt abstützt.

49 Als Merkmale dienen z.B.: die Rechtsstellung der am fraglichen Rechtsverhältnis beteiligten Parteien; der Gegenstand, welcher geregelt wird; Zweck, Umfang, Aufgabe einer Rechtsbeziehung.

die miteinander "kombiniert" [50] und gegeneinander abgewogen ebenfalls Entscheidungsgrundlagen liefern.

II. ZUR UNTERSCHEIDUNG ZWISCHEN ÖFFENTLICHEM UND PRIVATEM HAFTPFLICHTRECHT

1. ÜBERSICHT

Die Begriffe "Haftpflicht" und "Haftpflichtrecht" sind sowohl im privatrechtlichen wie im öffentlichrechtlichen Vokabular [51] heimische Ausdrücke. Ursprünglich entstammen sie privatrechtlicher Terminologie [52]. Grundsätzlich statuiert die Haftpflicht beiderorts die Verbindlichkeit, für rechtlich erhebliches, schädigendes Verhalten einzustehen, d.h. die Pflicht einen Schaden zu ersetzen. Beide Rechtsgebiete enthalten Normen zur Bestimmung der Schadenersatzpflicht. Sie unterscheiden sich jedoch teilweise hinsichtlich der Voraussetzungen und im Umfang [53] der vermögensrechtlichen

---

50 "Die heute wohl herrschende Ansicht neigt zu einer 'Kombination von Merkmalen'", H.HUBER, BeKo Einleitungsbd., Art. 6 Nr. 130.

51 R.HOTZ 9; K.OFTINGER I 5f.; E.W.STARK 17. Im öffentlichrechtlichen Sprachgebrauch kuranter sind die Synonyme: "Entschädigungspflicht" z.B. U.GUENG, Entschädigungspflicht; und "Schadenersatzpflicht" z.B. C.D.BEZZOLA; Z.GIACOMETTI, Allg. Lehren 511; O.K.KAUFMANN, Verantwortlichkeit der Beamten; P.REICHLIN 65; H.R.SCHWARZENBACH, Verwaltungsrecht 190. Vgl. zur Terminologie auch vorn § 1 FN 19.

52 R.HOTZ 9.

53 Ein anschauliches Bspl. dafür ist die Verantwortlichkeit der Spitalfunktionäre. Nach konstanter Praxis des BGer. (vgl. BGE 101 (1975) II 183f.; BGE 102 (1976) II 45f., mit Hinweisen auf Literatur und Judikatur) stellt die Berufsausübung eines Arztes in einem öffentlichen Spital, soweit sie in amtlicher Eigenschaft erfolgt, eine hoheitliche Verrichtung i.S.v. OR 61 Abs. 1 (vgl. hinten § 13 II.) dar. Diese Praxis kann nun dazu führen, dass dieselbe medizinische Fehlbehandlung, von ein und demselben Arzt im gleichen Spital ausgeführt, haftungsrechtlich verschieden beurteilt wird, je nachdem, ob der bsplw. nicht kunstgerecht Operierte Privatpatient des fehlbaren Arztes ist, oder ob er in der Allgemeinen Abteilung liegt.

Verantwortlichkeit[54]. Das Privatrecht verfügt im Vergleich zum öffentlichen Recht noch[55] über eine dogmatisch gesehen weiter entwickelte und sorgfältiger ausgebaute Haftungsordnung. Amtshaftungserlasse verweisen daher gerne auf die Bestimmungen der unerlaubten Handlung (OR 41ff.)[56]. Die erprobten Grundsätze des privaten Haftpflichtrechts dienen als Vorbild und Richtlinie zugleich. Einheitlichkeit wird tendenziell bei den "Allgemeinen Voraussetzungen der Haftbarmachung"[57] und weiterer Regeln[58] angestrebt.

---

54 Die Arbeit von C.D.BEZZOLA beschäftigt sich ausführlich mit der Frage, ob und wenn ja, welche Unterschiede zwischen öffentlichem und privatem Schadenersatzrecht bestehen. Der Autor versucht, den Einfluss des privaten auf das öffentliche Schadenersatzrecht darzulegen, indem er die Wesensmerkmale (Elemente) jedes Haftpflichttatbestandes, z.B. den Schaden, die Widerrechtlichkeit, den Kausalzusammenhang durch die Gegensatzpaare "allgemein-spezifisch" und "veränderlich-unveränderlich" qualifiziert. Dadurch erarbeitet er einen Massstab, der erlaubt anzugeben, ob die einzelnen "Elemente" (der Begriff ist identisch mit den sog. "Allgemeinen Voraussetzungen der Haftbarmachung" vgl. hinten § 7) im öffentlichen und privaten Haftpflichtrecht in unveränderter Form austauschbar sind, vgl. C.D.BEZZOLA v.a. 65ff..

55 Das "Noch" ergibt sich aus der Tatsache, dass "wenn es gelingt, im Staatshaftungsrecht den wünschenswerten Schritt zur verschuldensunabhängigen Haftung zu tun, dürfte das öffentliche Recht hier zum Vorreiter der Zivilrechtsentwicklung werden" (M.REHBINDER, Festschrift 402). - Vgl. dazu die Vorschläge hinten § 17.

56 Z.B. HG ZH 29; VG GR 21; HG NW 13. - Verweisen die kantonalen Amtshaftungserlasse auf das Bundeszivilrecht, welches subsidiär angewandt wird, so gelten die Regeln des Bundeszivilrechtes als kantonales öffentliches Recht. Die Berufung an das BGer. (OG 43) ist ausgeschlossen: BGE 70 (1944) II 207ff.; BGE 96 (1970) II 344; BGE 101 (1975) II 182. Vgl. dazu hinten § 5 bei FN 80.

57 K.OFTINGER I 47f., fasst den Schaden, den Kausalzusammenhang, die Widerrechtlichkeit und das Verschulden eines Haftungstatbestandes unter dem Begriff "Allgemeine Voraussetzungen der Haftbarmachung" zusammen. Vgl. zu den Haftungsvoraussetzungen im Amtshaftungsrecht hinten § 7.

58 Z.B. Verjährungs- und Verwirkungsfristen, die Haftung Mehrer. - Vgl. die von E.W.STARK 100ff. zur Vereinheitlichung vorgeschlagenen Punkte.

Getrennt ist dort zu marschieren, wo Selbständigkeit zu wahren ist. Denn trotz der zivilrechtlichen Herkunft einzelner öffentlichrechtlicher Haftungsformen gilt es, gerade im Hinblick auf eine zeitgemäss verstandene öffentlichrechtliche Haftungsordnung, die dem öffentlichen Recht eigene Systemgrundlage nicht ausser acht zu lassen[59].

Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Staates und seiner Beamten kann öffentlich- oder privatrechtlicher Natur sein. Die Abgrenzung kann in Einzelfällen recht schwierig sein[60]. Verursacht das Gemeinwesen[61] oder der Beamte[62] bei gewerblichen Verrichtungen einen Schaden, tritt der Schädiger dem Geschädigten gegenüber also als gleichgeordnetes Rechtssubjekt auf ("wie ein Bürger"), gilt privates Haftpflichtrecht (OR 41ff., ZGB 55)[63].

Bei hoheitlich-rechtswidrigen Schadenverrichtungen findet dagegen das Amtshaftungsrecht Anwendung.

---

59 Vgl. hinten § 17.

60 Vgl. zur Abgrenzung von "hoheitlichen" und "gewerblichen" Verrichtungen die Kasuistik bei K.OFTINGER II/1 129ff. und hinten § 12 II.; § 13 II..

61 Zur Terminologie vorn § 1 FN 7.

62 Zum Begriff des Beamten hinten § 8 II..

63 Ausgenommen die Haftung des Beamten gegenüber dem Staat für direkte Schädigung (dazu hinten § 6 I. 2.1). Für diesen Tatbestand gilt öffentliches Recht unabhängig davon, ob der fehlbare Amtswalter das ihn anstellende Gemeinwesen in Erfüllung "hoheitlicher" oder "gewerblicher" Aufgaben schädigt. Wesentlich ist vielmehr, dass der schädigende Beamte in "amtlicher" Eigenschaft aufgetreten ist (OR 342 Abs. 1 lit. a).

2. DIE VERMÖGENSRECHTLICHE VERANTWORTLICHKEIT VON STAAT UND BEAMTEN NACH PRIVATRECHT

Die Haftpflicht von Staat und Beamten für gewerbliche Verrichtungen kann verschiedene Ursachen[64] haben. Sie bewirken eine Ersatzpflicht, je nachdem ob ein persönlich vorwerfbares Verhalten[65] oder ein unverschuldeter, rechtswidriger Schaden vorliegt[66]. Sie sind zugleich Anknüpfungspunkte für die nähere Umschreibung des Begriffes "Haftpflicht"[67].

Die ausservertragliche Haftung des S t a a t e s für seine fehlbaren Funktionäre oder für Schäden aus dem mangelhaften Unterhalt öffentlicher Sachen bestimmt sich im Privatrecht aufgrund von OR 55 (Geschäftsherrenhaftung) und ZGB 55 (Organhaftung) bzw. OR 58 (Werkeigentümerhaftung).

---

64 Z.B.: Das Innehaben einer mit Mängel behafteten Sache oder eines mangelhaft unterhaltenen Betriebes (z.B. EHG 1; LFG 64; SVG 58; OR 58); menschliches schädigendes Verhalten; die Verantwortung für schadenstiftende Tiere (OR 56).

65 Es handelt sich um die Verschuldenshaftung. Vgl. Näheres dazu: statt vieler K.OFTINGER I 14ff. und 138ff.. - Vgl. zur Verschuldenshaftung im Zusammenhang mit der Amtshaftung hinten § 16.

66 Es betrifft die Tatbestände mit Kausalhaftung. Vgl. Näheres dazu: statt vieler K.OFTINGER I 16ff.. - Vgl. zur Kausalhaftung im Zusammenhang mit der Staatshaftung hinten § 16.

67 R.HOTZ 7 und K.OFTINGER I 3f. gehen z.B. bei der Definition der "Haftpflicht" im "weitesten", "weitern", "engern" oder "engsten" Sinn z.T. von diesen Anknüpfungspunkten aus. A.KELLER spricht z.B. von "Haftpflicht im Privatrecht" (Buchtitel).

Der schadenstiftende A m t s w a l t e r kann[68] für gewerbliche Verrichtungen aufgrund von OR 41ff. persönlich belangt werden[69].

Hält man die (ausservertragliche) vermögensrechtliche Verantwortlichkeit von Staat und Beamten im privaten und im öffentlichen Recht nach f o r m e l l e n Kriterien auseinander, so kann man die p r i v a t r e c h t l i c h e Haftpflicht von Staat und Beamten - unabhängig von den verschiedenen Anknüpfungspunkten - in einem umfassenden Sinn folgendermassen definieren:

Findet sich die Rechtsgrundlage[70] einer Entschädigungspflicht, d.h. die Haftungsnorm, im Privatrecht, so bedeutet Haftpflicht die Verbindlichkeit, für ein aufgrund privatrechtlicher Normen verpöntes, schädigendes Verhalten einzustehen[71].

---

68 Ausgenommen Bundesbeamte, vgl. OR 61 Abs. 2 i.V.m. VG des Bundes 11 Abs. 1.

69 Die weiteren Ausführungen befassen sich nicht mehr (oder höchstens noch am Rande) mit der privatrechtlichen Haftpflicht von Staat und Beamten. Für nähere Einzelheiten wird auf das einschlägige Schrifttum verwiesen, vgl. statt vieler: (kleine Auswahl) DESCHENAUX/TERCIER 31, 47f., 98; IMBODEN/RHINOW II Nr. 101 B Ia; O.K.KAUFMANN, Verantwortlichkeit der Beamten 286a ff.; ders., Haftung des Staates 562ff.; P.R.MUELLER 262 ff.; K.OFTINGER II/1 115ff.; P.PORTMANN 108ff.; H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 79ff..

70 Unter "Rechtsgrundlage" der Haftpflicht ist die positive Norm zu verstehen, welche bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zu Entschädigungsleistungen verpflichtet. - Vgl. dazu auch: RICHTLINIEN Pkt. 52.

71 Nach rechtstheoretischen Gesichtspunkten gehören jedoch diejenigen Normen des Privatrechts, welche materiell öffentliches Recht darstellen (vgl. vorn § 3 bei FN 41), nicht zum bürgerlichen Recht.

3. DIE VERMÖGENSRECHTLICHE VERANTWORTLICHKEIT VON STAAT UND BEAMTEN NACH ÖFFENTLICHEM RECHT (AMTSHAFTUNG)

Die Amtshaftungssphäre, besonders der Bereich der Staatshaftung, wird von der faktischen und rechtlichen Ueberlegenheit des Gemeinwesens in all seinen Erscheinungsformen geprägt. Auch hoheitliches, rechtswidriges Verhalten verursacht Schaden, den es auszugleichen gilt. Wie die "unerlaubte Handlung" (OR 41ff.) im Privatrecht kennt auch das öffentliche Haftpflichtrecht verschiedene Anknüpfungspunkte [72], welche zu Ersatzleistungen verpflichten. Im Unterschied zum Zivilrecht gibt es im öffentlichen Recht keinen allgemeinen Haftungstatbestand (Generalklausel) [73]. Dieser Umstand führt zusammen mit dem im öffentlichen Recht geltenden Legalitätsprinzip [74] und dem in einzelnen Kantonen noch rückständig entwickelten Amtshaftungsrecht [75] im öffentlichrechtlichen Haftpflichtschutz zu stossenden

---

72 Z.B.: Schädigungen durch menschliches Fehlverhalten oder solche, welche sich aus dem mangelhaften Zustand öffentlicher Sachen ergeben (vgl. das Bspl. hinten § 10 III. 2.3); die Gliederung der Amtshaftung in die Verantwortlichkeit für hoheitlich-rechtswidriges, schuldunabhängiges und hoheitlich-rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten. A.M.: P.U.ROSENSTOCK 156 insbes. FN 221: "Es gibt neben dieser Zweiteilung (gemeint ist die Unterscheidung zwischen rechtmässiger und rechtswidriger Schadenzufügung, Anm. des Verfassers) des Ersatzrechtes kein Zwischengebiet etwa in Gestalt einer Haftung für sog. schuldlos-rechtswidrige oder für amtspflichtmässige-rechtswidrige Staatsakte".

73 OR 41ff..

74 Das Legalitätsprinzip (=Gesetzmässigkeitsprinzip) besagt im Bereich der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des Gemeinwesens, "dass der Staat für Schaden, den seine Beamten einem Bürger rechtswidrig zufügen, nur einzustehen hat, wenn ein Rechtssatz dies ausdrücklich vorsieht", (BGE 95 (1969) I 288). - Unter einem Rechtssatz im Sinne der zit. Stelle ist die Bestimmung zu verstehen, welche "in einem Gesetz in materiellem Sinn, das heisst in einer generell-abstrakten Norm vorgesehen ist, die sich ihrerseits als verfassungsmässig erweist", (BGE 102 (1976) Ia 114). - Zur Bedeutung des Legalitätsprinzips im Amtshaftungsrecht ferner hinten § 14 III..

75 Zum Ausbildungsstand der kantonalen Amtshaftungsgesetzgebung hinten § 5.

Härtefällen [76/77]. Zusätzlich bewirkt die Beurteilung der

---

76 Die auf die Amtspflicht der staatlichen Funktionäre ausgerichtete Umschreibung der Widerrechtlichkeit hat zur Bildung der Kategorie der sog. "amtspflichtgemässen rechtswidrigen" Tatbestände geführt. Darunter sind zwei Arten von Sachverhalten zu verstehen: Einmal kann rechtmässiges (i.S.v. amtspflichtgemässes) Verhalten vom Erfolg her gesehen rechtswidrigen Schaden verursachen. (Vgl. z.B. den oft zit. Fall "Grünzweig" - BGE 47 (1921) II 176ff. und 554ff. - Herr Grünzweig wurde "amtspflichtgemäss" erschossen, weil er fälschlicherweise für einen Schmuggler gehalten wurde. Die Klage der Hinterbliebenen auf Ersatz des Versorgerschadens wurde vom BGer. wegen fehlender Amtspflichtverletzung abgewiesen. - Für solche Tatbestände wurde der Ausdruck der "zufälligen Todesstrafe" - z.B. F.GYGI, Rechtsprechung 125, W.LEISNER 205 zitierend - geprägt). Zum andern können sich anfänglich rechtmässige Staatsakte erst in einem späteren Zeitpunkt als rechtswidrig erweisen. - Die Kategorie der "amtspflichtgemässen rechtswidrigen" hoheitlichen Verrichtungen ergibt sich aus der Umschreibung der Widerrechtlichkeit, die nicht vom Verhalten, d.h. von der Amtspflichtverletzung (Verhaltens-, Handlungsunrecht) ausgeht, sondern auf den schädigenden Erfolg (Erfolgsunrecht, Rechtsgutverletzung) abstellt. - Vgl. zu den "amtspflichtgemässen rechtswidrigen" Tatbeständen: C.D.BEZZOLA 98; Botschaft TG S. 17; E.FISCHLI v.a. 369ff.; Z.GIACOMETTI, Allg. Lehren 524; U.GUENG, Entwicklungstendenzen 351; F.GYGI, Rechtsprechung 125; ders., Staatshaftung und Verwaltungsrechtspflege 229; A.HAUSER; IMBODEN/RHINOW II Nr. 107 B III; W.LEISNER 204ff.; N.LUHMANN 131ff.; O.K.KAUFMANN, Verantwortlichkeit der Beamten 332a ff.; M.KUHN 205ff.; B.MUELLER 350f.; O.K.KAUFMANN, Haftung des Staates 573f.; PROTOKOLL z.B. S. 6 (Prof. NEF); P.U.ROSENSTOCK 23f., 51 und 156; H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 41. - Grundsätzlich zum Begriff der Rechtswidrigkeit im Amtshaftungsrecht hinten § 7 V..

77 Vgl. z.B. Urteile, in welchen eine Haftung abgelehnt oder auf die Klage nicht eingetreten wurde: Fall Kofmehl (BGE 41 (1915) II 57ff.); Fall Hunziker (BGE 47 (1921) II 497ff.); Fall Grünzweig (BGE 47 (1921) II 176ff. und 554ff.); Fall Sonnenschein (zit. bei O.K.KAUFMANN, Verantwortlichkeit der Beamten 334a); Fall Nyfeler (BGE 89 (1963) I 483ff., Berufung teilweise eingetreten); Fall Bossi (BGE 91 (1965) I 449ff.); Fall Kohler (BGE 92 (1966) I 516ff.); Fall Primault (BGE 93 (1967) I 67ff.); Fall Perles (BGE 94 (1968) I 628ff.); Fall Organchemie AG (BGE 95 (1969) I 283ff.); Schadenersatzklage gegen den Kt. VD für Schäden aus Bauarbeiten (BGE 96 (1970) II 337ff.); Fall Telephonzentrale Hottingen (zit. bei: O.K.KAUFMANN, Sigriswil 68; M.KUHN 66; B.MUELLER 346 FN 13 und 354; P.R.MUELLER 252 FN 11a; PROTOKOLL S. 2f., wo noch weitere Bsple. zit. werden; H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 77 FN 3).

Widerrechtlichkeit im öffentlichen Recht Unbilligkeiten und Lücken[78].

Diese Tatsachen und weitere Ungereimtheiten[79] erfordern, dass die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit von Staat und Beamten im hoheitlichen Bereich gesamthaft, rechtsdogmatisch wie systematisch[80], überdacht wird.

Bei der Verwirklichung einer den Anforderungen der Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Praktikabilität entsprechenden Gesetzgebung besteht eines der zentralen Probleme darin, dass ein allgemein gültiges Haftungsprinzip[81] gefunden wird. Darin sind die "Allgemeinen Voraussetzungen der Haftbarmachung"[82] derart auszugestalten, dass sich darunter, ohne dass allzusehr auf die Mittel der Spezialgesetzgebung ausgewichen wird, sowohl die Haftpflicht für hoheitliches-rechtswidriges VERHALTEN wie für hoheitliche-rechtswidrige ZUSTANDE subsumieren lassen.

---

78 Z.B. die Lücke im öffentlichrechtlichen Haftpflichtschutz hinsichtlich der Schadenersatzpflicht für mangelhaft unterhaltene öffentliche Werke. Vgl. als Bspl.: die Haftung für mangelhaft unterhaltene öffentliche Strassen hinten § 10 III. 2.3.

79 Z.B. die durch die unterschiedliche Entwicklungsstufe der kant. Amtshaftungsgesetze bedingte rechtsungleiche Behandlung gleichartiger Haftpflichttatbestände; die ganz bzw. z.T. ungelöste Frage der Haftung für legislatives (dazu hinten § 10 I.) und judikatives (dazu hinten § 10 II.) Unrecht; das Problem der Haftung für Terror- und Tumultschäden (dazu hinten § 7 FN 117).

80 Vgl. zu den systematisch-dogmatischen Grundlagen der Amtshaftung hinten § 14.

81 Vgl. dazu hinten § 16.

82 Vgl. hierüber hinten § 7.

Als Z u s t a n d s h a f t u n g[83] bezeichnet man die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit, die n i c h t an menschliches Verhalten anknüpft, sondern unabhängig von solchem in einem objektiven, rechtswidrigen Zustand (Tatbestand) besteht. Das trifft z.B. für Tatbestände von Gefährdungshaftungen[84] und für einzelne[85] Fälle der Werkeigentümerhaftung (OR 58)[86] zu.

Unter einer V e r h a l t e n s h a f t u n g ist die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit für durch menschliches Verhalten verursachten Schaden zu verstehen.

---

83 Vgl. zur Unterscheidung zwischen Zustands- und Verhaltenshaftung z.B.: J.A.BORTER 20 und H.LANZ 12; die Autoren sprechen zwar nicht von Zustandshaftung, sondern sinngemäss von "Sachhaftung"; K.OFTINGER I 19; P.U.ROSENSTOCK 23f.; P.WIDMER, Standortbestimmung 309.

84 Vgl. grundlegend zu den Gefährdungshaftungen K.OFTINGER I 20ff.; als Bspl. GSchG 36 Abs. 1.

85 Z.B. im Falle von Schädigungen durch mangelhaft unterhaltene Sachen des Gemeingebrauchs (vgl. als Bspl. die Haftung des Gemeinwesens für Schäden aus dem mangelhaften Unterhalt öffentlicher Strassen hinten § 10 III. 2.3). Gl.M. J.A.BORTER 20; H.LANZ 48; K.OFTINGER I 27ff. insbes. FN 86.

86 P.WIDMER, Standortbestimmung 309, rechnet die Werkeigentümerhaftung aufgrund ihres ambivalenten gesetzlichen Aufbaus (S. 308) zu den Verschuldenshaftungen. Er argumentiert, dass trotz der "technischen" Seite (S. 308) des Tatbestandes das Wesentliche von OR 58 im Begriff des "Mangels" liege. "Der Mangel kann seine Ursache, ausser in einem nicht beeinflussbaren äusseren Umstand, letztlich nur in der Verletzung des Gebotes haben, die sich aus der Natur der betreffenden Anlagen ergebenden Massnahmen zum Schutze Dritter zu treffen" (S. 309). Der Autor führt einen Werkmangel auf eine Pflichtvernachlässigung zurück. Eine ähnliche Auffassung vertritt W.LANZ 200f.; differenzierter dagegen K.OFTINGER I 28: "Auch die Mangelhaftigkeit des Werkes ... kann auf Unsorgfalt zurückgehen, doch ist dies nicht die Voraussetzung der Haftung".

Begibt sich das Gemeinwesen bzw. der staatliche Funktionär "unter das Volk"[87], dann treten beide als "koordinierte Rechtssubjekte"[88] auf. Schädigende Verhalten auf dieser Ebene beurteilen sich nach Bundeszivilrecht. Wer dagegen hoheitliche Aufgaben erfüllt, qualifiziert sich als Hoheitsträger[89]. Verursacht er dabei rechtswidrig einen Schaden, fallen solche Tatbestände rechtstheoretisch betrachtet[90] in den Anwendungsbereich[91] der Amtshaftung. Die prozessuale Beurteilung von materiellrechtlich gesehen "hoheitlichen" Haftpflichttatbeständen deckt sich nicht immer mit dieser Abgrenzung. Die neuere Rechtsprechung[92] ist nämlich dazu übergegangen, das Gemeinwesen für Schädigungen aus hoheitlichen Verrichtungen in Umgehung des Legalitätsprinzips[93] aufgrund des Bundeszivilrechts vermögensrechtlich verantwortlich zu erklären.

---

87 A.KELLER 27.
88 IMBODEN/RHINOW II Nr. 101 B Va.
89 Vgl. zu den schädigenden Hoheitsakten hinten § 10 III..
90 Vgl. zur rechtstheoretischen Abgrenzungsmethode vorn § 3 I. 4.2.
91 Vgl. zum Anwendungsbereich der Amtshaftung hinten §§ 11ff..
92 So z.B.: BGE 91 (1965) II 482ff.; BGE 96 (1970) II 341; BGE 98 (1972) II 42; BGE 102 (1976) II 344f.. Vgl. zu diesem Umstand: A.KUTTLER 418ff.; IMBODEN/RHINOW I Nr. 2 B IIc: "So beurteilt sich die Haftung des Gemeinwesens für verschiedene, an sich dem Verwaltungsrecht zuzuordnende Tatbestände nach Privatrecht ..."; ders., II Nr. 101 B Id, Nr. 102 und Nr. 103; P.LIVER, Haftung des Gemeinwesens 258, 266f.; hinten § 10 bei FN 80.
93 Zum Legalitätsprinzip hinten § 14 III..

Die Divergenz zwischen der sachlichen Zuweisung der rechtswidrig-hoheitlichen Schadenfälle zum öffentlichen Recht und dem im Einzelfall auf solche Tatbestände angewandten Recht ergibt sich aus der Tatsache, dass im öffentlichen Haftpflichtschutz Lücken bestehen. Solche werden durch die Anwendung privatrechtlicher Haftpflichtnormen gestopft. Dieser Umstand veranlasst zu folgender Feststellung:

Jeder Rechtsträger, der aufgrund der Amtshaftungsordnung vermögensrechtlich verantwortlich wird, hat anlässlich der Erfüllung hoheitlicher [94] Verrichtungen rechtswidrig Schaden angerichtet. Fehlt es im öffentlichen Recht an Haftungsgrundlagen, wird in der Praxis für derartige Rechtsverletzungen gelegentlich ins Privatrecht ausgewichen. Hält man an der Unterscheidung zwischen privat- und öffentlichrechtlicher Haftungsordnung [95] fest, muss es ein Anliegen des künftigen Gesetzgebers sein, die Rechtsgrundlagen im öffentlichen Recht in der Form auszugestalten, dass der öffentlichrechtliche Haftpflichtschutz mit dem sachlichen Geltungsbereich der Amtshaftung [96] übereinstimmt.

---

94 Vgl. den Vorbehalt vorn § 1 FN 15.
95 Vgl. BGE 102 (1976) Ib 319: "Die öffentlich-rechtliche und die privatrechtliche Haftungsordnung stehen unabhängig nebeneinander".
96 Zum Geltungsbereich der Amtshaftung hinten §§ 11ff..

III. ERGEBNIS DER BETRACHTUNGEN

Beschreibt man den Ausdruck "Haftpflicht" deduktiv, geht man also von einer allgemeinen, nicht differenzierenden Betrachtung aus, decken sich grundsätzlich die Inhalte der Begriffe im öffentlichen und privaten Recht. Sie drücken beiderorts die Pflicht aus, für widerrechtlich verursachten Schaden Ersatz zu leisten. Wählt man jedoch ein induktives Vorgehen, d.h. knüpft man bei der Umschreibung der "Haftpflicht" an einzelne Aspekte der Haftbarmachung an, ergeben sich entsprechend der unterschiedlichen, gesetzlichen Ausgestaltung der einzelnen Haftungstatbestände verschiedene Terminologien. Bedingt durch die der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit übergeordnete Zweiteilung der Rechtsordnung in einen öffentlich- und einen privatrechtlichen Rechtskreis, erfährt die Ersatzpflicht im öffentlichen und bürgerlichen Recht von den Voraussetzungen her und im Umfang des Haftpflichtschutzes eine eigenständige Prägung. Die terminologischen und rechtsdogmatischen Abweichungen erklären sich aus den unterschiedlichen Funktionen und Systemgrundlagen, welche den Schadenersatzpflichten in ihrem angestammten Rechtsbereich zukommen. Die Zuordnung, hier Amtshaftung, dort "unerlaubte Handlung" (OR 41ff.), ist nicht starr vorgegeben. Sie ändert sich im Laufe der Zeit entsprechend der sich wandelnden Auffassung über das Verhältnis zwischen öffentlichem und privatem Recht.

2. UNTERABSCHNITT: AMTSHAFTUNG

§ 4

UEBERSICHT

Die Gesamtheit der Normen, die sich mit der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit von Staat und Beamten für den in Erfüllung h o h e i t l i c h e r Aufgaben verursachten Schaden befassen, bildet das OEFFENTLICHE ENTSCHAEDIGUNGSRECHT[1]. Es vereinigt eine Vielzahl verschiedener Pflichten zu Reparationsleistungen. Diesen Verbindlichkeiten ist gemeinsam, dass sie aus hoheitlichen Verrichtungen[2] erwachsen.

Die herkömmliche[3] Systematik unterteilt das öffentliche Entschädigungsrecht in die Institute der OEFFENTLICHRECHTLICHEN

---

1 Der Sprachgebrauch für den Begriff "öffentliches Entschädigungsrecht" ist im Schrifttum nicht einheitlich. Es werden dafür z.B. auch die Ausdrücke "öffentliches Schadenersatzrecht" (C.D.BEZZOLA 7) oder "öffentlichrechtliche Schadenshaftung" (H.R.SCHWARZENBACH, Schäden aus Tumulten und Terrorakten 228) verwendet. - Vgl. zur Terminologie auch vorn § 1 FN 19.

2 Der Begriff "Verrichtungen" umfasst die Staatstätigkeit der Legislative, Judikative und Exekutive, wobei die tatsächliche Ursache einer Verrichtung in einem Tun oder Unterlassen - als Oberbegriff dient der Ausdruck "Verhalten" - bestehen kann. Vgl. zu den hoheitlichen-rechtswidrigen Verrichtungen hinten § 10.

3 Die herkömmliche Systematik beruht auf der Unterscheidung zwischen hoheitlich-rechtmässig verursachtem Schaden (öffentlichrechtliche Entschädigung) und hoheitlich-rechtswidrig zugefügtem Schaden (Amtshaftung). Vgl. zur systematischen Gliederung des öffentlichen Entschädigungsrechts z.B.: C.D.BEZZOLA 7; Z.GIACOMETTI, Allg. Lehren 519f.; U. GUENG, Entschädigungspflicht 4; ders., Entwicklungstendenzen 352; P. U.ROSENSTOCK 1; H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 17; ders., Schädigung aus Tumulten und Terrorakten 228.

ENTSCHAEDIGUNG[4] und der AMTSHAFTUNG[5]. Der dualistische Aufbau des öffentlichen Entschädigungsrechts hat verschiedentlich[6] zu kritischen Bemerkungen Anlass gegeben. Dabei wurde

---

4 Das klassische Gebiet der "öffentlichrechtlichen Entschädigung" ist das Enteignungsrecht: formelle und materielle Enteignung (dazu ein Ueberblick bei IMBODEN/RHINOW II Nr. 126-130). Daneben zählen zum Gebiet der öffentlichrechtlichen Entschädigung z.B. die Haftung des Bundes für Militärschäden (MO 23, vgl. dazu R.BINSWANGER 316ff.; M. DESAX 95f.) oder die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit von Bund, Kantonen, Gemeinden und Betrieben für Zivilschutzschäden (BG über den Zivilschutz vom 23.3.1962 (SR 520.1), Art. 77), sofern die Schädigung nicht rechtswidrig verursacht wurde.

5 Der Begriff "Amtshaftung" wird im deutschen und schweizerischen Sprachgebrauch in verschiedenem Sinn verwendet. Hier wie dort gehört der Ausdruck freilich zum Vokabular der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit im hoheitlichen Bereich. In der deutschen Terminologie bedeutet "Amtshaftung", "die mittelbare, primäre, akzessorische Ersatzverbindlichkeit des Trägers öffentlicher Verwaltung durch Uebertragung der in § 839 (BGB, Anm. des Verfassers) für schuldhaft hoheitliches Fehlverhalten vorgesehenen persönlichen Haftung des Beamten im Wege gesetzlich angeordneter privativer Schuldübernahme", SOERGEL/SIEBERT 3, § 839 Nr. 8.
Die deutsche Amtshaftung stellt eine mittelbare, "derivative" (M. OLDIGES 391) Staatshaftung dar, d.h. das Gemeinwesen haftet gegenüber dem geschädigten Dritten anstelle des in Erfüllung hoheitlicher Aufgaben schuldhaft und rechtswidrig schädigenden Beamten. Die öffentliche Hand wird also nur unter den Voraussetzungen ersatzpflichtig, unter denen auch der staatliche Funktionär persönlich haften würde. Dem Staat kommen daher alle Haftungsvorteile zugute, die auf die Person des Amtswalters zugeschnitten sind (F.OSSENBUEHL, Staatshaftungsrecht 7). Insbesondere wird das Gemeinwesen nur bei einer durch den Beamten schuldhaft verursachten Pflichtverletzung vermögensrechtlich verantwortlich. Vgl. aus dem neueren Schrifttum zur deutschen Amtshaftung (BGB § 839 i.V.m. GG BRD 34) z.B. die Monografie von: B.BENDER; R.BERNHARDT/T.STEIN; W.FUTTER; R.REHBINDER, Gutachten; F.OSSENBUEHL, Staatshaftungsrecht; H.-J.VOGEL; z.T. enthält auch die Schrift von N.LUHMANN Bemerkungen zur Amtshaftung. - Rechtsdogmatisch gesehen, lässt sich die deutsche Amtshaftungsregelung am ehesten mit der schweizerischen primären Staatshaftung (hinten § 6 II. 2.3) vergleichen. - Der Begriff "Amtshaftung" wird im folgenden stets im Sinne des schweizerischen Sprachgebrauchs verwendet.

6 Vgl. z.B. die Bemerkungen dazu von: P.GRAFF 422aff.; NR EISENRING und NR ARNOLD StenBull. Nr. 67 (1957) 817ff. und 820ff.; E.HIS 25; mit Zurückhaltung auch O.K.KAUFMANN, Verantwortlichkeit der Beamten 338a.

die Bildung eines einheitlichen und geschlossenen Systems staatlicher Entschädigungsleistungen verlangt. Damit würde die Unterscheidung zwischen rechtmässig und rechtswidrig entstandenem Schaden faktisch hinfällig [7].

Es wird in der vorliegenden Arbeit nicht näher auf dieses Problem eingegangen.[8] Vielmehr setzt sie den Dualismus von Amtshaftung und öffentlichrechtlicher Entschädigung als gegeben voraus. Lediglich am Rande ist dazu folgendes zu bemerken:

Selbst wenn es sich bei der Unterscheidung von rechtmässigem und rechtswidrigem Verhalten um ein künstliches Produkt menschlicher Vorstellungskraft handelt, und es als "konstruktive Fiktion"[9] nicht dem wirklichen Leben und "seinem erlebten Recht"[10] abgelesen ist, stellt die Unterscheidung zwischen

---

7 Vgl. neben den vorn § 4 FN 6 zit. Autoren auch: U.GUENG, Entschädigungspflicht, erachtet die Unterscheidung von rechtmässigen und rechtswidrigen Hoheitsakten nach Massgabe des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Rechtsgleichheit als "belanglos" (S. 94) und beurteilt die Rechtswidrigkeit des willkürlich belastenden Hoheitsaktes als "irrelevantes Tatbestandsmerkmal" (S. 203); P.U.ROSENSTOCK 24, im Zusammenhang mit Tatbeständen mit Zustandshaftung (dazu vorn § 3 bei FN 83); A. SPRECHER von BERNEGG 111ff. v.a. 150. - Erblickt man im Prinzip der rechtsungleichen Behandlung (z.B. U.GUENG oben a.a.O.; A.SPRECHER von BERNEGG oben a.a.O.) den Haftungsgrund staatlicher Entschädigungsleistungen, stellen die Merkmale "hoheitlich", "gewerblich", "rechtmässig", "widerrechtlich", "schuldhaft" und "schuldlos" keine systembildenen Faktoren mehr dar. Dennoch dienen diese Kriterien nach wie vor als Anknüpfungspunkte für die nähere Qualifikation der Ersatzleistungen von Staat und Beamten und sind insofern unerlässlich für eine vernünftige Gliederung. Aehnlicher Ansicht letztlich auch: U.GUENG, Entschädigungspflicht 204, insbes. FN 69; P.U.ROSENSTOCK 156. - Vgl. zur Rechtsgleichheit im Zusammenhang mit der Amtshaftung hinten § 14 II. 2.2.

8 Vgl. zu den systematisch-dogmatischen Grundlagen der Amtshaftung hinten §§ 14ff..

9 N.LUHMANN 132.

10 N.LUHMANN 132.

Erlaubtem und Verbotenem ein notwendiges Gestaltungsmittel für die Rechtsetzung sowie ein grundlegendes Entscheidungskriterium für die Rechtsprechung dar. Die Abgrenzung zwischen gesetzeskonformem und der Rechtsordnung widersprechendem Verhalten bildet eine gedankliche Voraussetzung, um Rechtsgrundsätze, wie z.B. das Prinzip rechtsgleicher Behandlung[11], überhaupt anwenden zu können.

Mit diesen Feststellungen ist über die Reichweite und den Inhalt der Begriffe "rechtmässig" und "rechtswidrig (widerrechtlich)" noch nichts ausgesagt.

Bei der in dieser Arbeit nicht weiter beachteten öffentlichrechtlichen Entschädigung[12] hat das Gemeinwesen für rechtmässig verursachten Schaden Ersatz zu leisten. Gegenstand der Amtshaftung ist die Pflicht des Staates und der Beamten[13] sowie anderer Träger hoheitlicher Gewalt[14] für widerrechtlich zugefügten Schaden einzustehen.

---

11 Begründet man die Pflicht zu staatlicher Entschädigungsleistung mit dem Grundsatz der Lastengleichheit als Ausfluss des Rechtsgleichheitsprinzips (dazu hinten § 14 II. 2.2), stellt m.E. die Auffassung, wonach die Unterscheidung zwischen rechtmässig und widerrechtlich zugefügtem Schaden preisgegeben werden kann, deshalb einen Widerspruch in sich dar, weil "rechtsgleich" für "im Einklang mit der Rechtsordnung (=gerecht, rechtmässig, erlaubt)" steht, während "rechtsungleich" i.S.v. willkürlich dagegen "nicht im Einklang mit der Rechtsordnung (ungerecht, widerrechtlich, unerlaubt)" bedeutet.

12 Wo es für das Verständnis einzelner Sachfragen und aus systematischen Gründen erforderlich ist, wird an der betreffenden Stelle der Arbeit die "öffentlichrechtliche Entschädigung" mit in die Untersuchung einbezogen. Diese partielle Ausdehnung des Themas wird jeweils eigens erwähnt.

13 Vgl. zum Begriff der Beamten hinten § 8 II..

14 Vgl. dazu die Bsple. hinten § 10 III. 1..

"Amtshaftung" ist in der Schweiz der Oberbegriff zweier Haftungsmodelle, nämlich der BEAMTENHAFTUNG[15] und der STAATSHAFTUNG[16].

Das Institut der BEAMTENHAFTUNG stellt die persönliche, vermögensrechtliche Verantwortlichkeit eines in a m t l i c h e r[17] Eigenschaft, anlässlich der Erfüllung hoheitlicher[18] Verrichtungen schuldhaft und widerrechtlich schädigenden Beamten dar.

Die STAATSHAFTUNG ist die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit der öffentlichen Hand im hoheitlichen Bereich für widerrechtlich verursachten Schaden. Neben der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des Staates - wie er im Volksmund etwa als 'personifizierter Amtsapparat (Regierung, Behörden, Dienststellen, Beamte von Bund, Kantonen und Gemeinden)' verstanden wird - fallen in den sachlichen Geltungsbereich der Staatshaftung auch die Haftpflicht anderer Träger hoheitlicher Gewalt[19], die in Erfüllung obrigkeitlicher[20] Aufgaben rechtswidrig Schaden stiften.

---

15 Zur Beamtenhaftung hinten § 6 I..
16 Zur Staatshaftung hinten § 6 II..
17 Vgl. zum Sprachgebrauch vorn § 1 II. 3.; ferner hinten § 13.
18 Vgl. den Vorbehalt vorn § 1 FN 15.
19 Eine Haftpflicht solcher, mit der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben betrauter Organisationen ausserhalb der unmittelbaren Verwaltung (vgl. die Bsple. hinten § 10 III. 1.) besteht jedoch nur, sofern sie positivrechtlich normiert ist. Das ist nicht in allen Amtshaftungserlassen der Fall, vgl. z.B. VG AG 4.
20 Der Begriff "obrigkeitlich" ist ein Synonym für den Ausdruck "hoheitlich".

In ihrer positivrechtlichen Ausgestaltung treten die Beamten- und die Staatshaftung auch in kombinierter Form auf[21].

Die Kenntnis der historisch-dogmatischen Entwicklung der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit im hoheitlichen Bereich vermag nicht nur den unterschiedlichen Ausbildungsstand der kantonalen Amtshaftungsgesetzgebung zu erklären. Sie gibt auch Aufschluss über die Tatsache, dass das rechtliche Schicksal der Amtshaftung eng mit der jeweils herrschenden Anschauung über das Verhältnis zwischen Gesamtheit und Individuum, Staat und Bürger verknüpft war und ist[22]. Es empfiehlt sich daher, die Erörterung der einzelnen Institute in ihrer positivrechtlichen Ausgestaltung vorerst[23] zugunsten einer in summarischer Form vorgetragenen Darstellung der historisch-dogmatischen Entwicklung der Amtshaftung zurückzustellen.

---

21 Kombinierte Formen bilden: die primäre Haftung des Beamten (dazu hinten § 6 I. 1.2) verbunden mit der subsidiären Staatshaftung (dazu hinten § 6 II. 2.1), die solidarische Haftung des Beamten (dazu hinten § 6 I. 1.3) verbunden mit der solidarischen Staatshaftung (dazu hinten § 6 II. 2.2). Keine kombinierte Form ist die interne Beamtenhaftung für indirekte Schädigung des Gemeinwesens (dazu hinten § 6 I. 2.2) im Zusammenhang mit der Staatshaftung (dazu hinten § 6 II.).

22 Zum Verhältnis Privatrecht - öffentliches Recht vorn § 3 I..

23 Vgl. hinten § 6.

DIE ENTSTEHUNG DER AMTSHAFTUNG NACH HISTORISCH-DOGMATISCHEN GESICHTSPUNKTEN

VORBEMERKUNGEN

Die Beamten- und die Staatshaftung stellen nicht bloss Ausbildungsformen (Haftungsmodelle[1]) der Amtshaftung dar. Sie bilden auch zeitlich verschiedene Entwicklungsstufen. Beispielhaftes Zeugnis dafür ist die positivrechtliche Ausgestaltung der kantonalen Amtshaftungsgesetzgebung[2].

Ein skizzenhafter Abriss der historisch-dogmatischen Entwicklung der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit von Staat und Beamten soll diese Zusammenhänge aufdecken. Der Ueberblick beansprucht nicht vollständig zu sein. Er will lediglich die materiellrechtlichen Unterschiede der kantonalen Amtshaftungserlasse erklären helfen.

Die nach Gruppen geordnete Zusammenstellung der kantonalen Gesetze reiht sich als weiteres Glied in die Kette ähnlicher Darstellungen[3]. Sie unterscheidet sich jedoch von diesen in

---

1 Zu den Haftungsmodellen der Amtshaftung und deren Anspruchsinstitute hinten § 6.

2 Vgl. die Zusammenstellung der positivrechtlichen kantonalen Amtshaftungsgesetze im Anhang II.

3 Vgl. z.B.: Th.FLEINER, Grundzüge 313f.; L.A.GESER 10ff.; P.GRAFF 447a ff.; A.GRISEL 477ff.; O.K.KAUFMANN, Verantwortlichkeit der Beamten 296aff.; ders., Haftung des Staates 564f.; M.REHBINDER, Gutachten 10 ff. v.a. 18f.; ders., Festschrift 406f.; A.SCHUETZ 24ff.; H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 94ff.; ders., Verwaltungsrecht 192; ders., Schäden aus Tumulten und Terrorakten 232ff.; R.SECRETAN 134ff. und 146ff.; W.ZEHNTNER 41ff. und im Anhang; E.ZIEGLER 523ff.; H.ZWAHLEN, SJK Nr. 354 S. 2f.; vgl. auch Z.GIACOMETTI, Allg. Lehren 523f..

bezug auf die Gliederung der entwicklungsgeschichtlichen Abschnitte und hinsichtlich der Zuordnung einzelner kantonaler Erlasse als Beispiele der verschiedenen Entwicklungsstufen. Auf diese Abweichungen wird jeweils speziell hingewiesen.

I. ENTWICKLUNGSGESCHICHTLICHE ABSCHNITTE[4]

1. ÜBERSICHT

Die Entwicklung der Amtshaftung von der Eigenverantwortlichkeit des schädigenden Beamten[5] zur a u s s c h l i e s s l i c h e n[6] vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des Staates im hoheitlichen Bereich in Form der o r i g i n ä r e n Staatshaftung[7] hat Generationen von Juristen und Rechtsgelehrten[8] beschäftigt.

---

4 Die Darstellung folgt in den Grundzügen den Erläuterungen zu diesem Thema von: C.D.BEZZOLA 11ff.; R.BOEHME 14ff.; M.HEIDENHAIN 15ff.; A.SPRECHER von BERNEGG 60ff..

5 Zur sog. ausschliesslichen (externen) Beamtenhaftung hinten § 6 I. 1.1.

6 Der Begriff "ausschliessliche vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Staates im hoheitlichen Bereich" oder kürzer die "ausschliessliche Staatshaftung" dient in dieser Arbeit als Oberbegriff für die Anspruchsinsitute der "primären Staatshaftung" (dazu hinten § 6 I. 2.3) und der "originären Staatshaftung" (dazu hinten § 6 II. 2.4). Der Begriff "ausschliessliche Staatshaftung" wird im Schrifttum nicht einheitlich verwendet, vgl. dazu die Bemerkungen hinten § 6 II. 1.2.

7 Zur originären Staatshaftung hinten § 6 II. 2.4.

8 Darüber orientieren speziell: R.BOEHME 14ff.; M.HEIDENHAIN 16ff.; A.SCHUETZ 6ff.; A.SPRECHER von BERNEGG 64ff..

Noch heute ist das öffentliche Entschädigungsrecht und die Amtshaftung im speziellen[9/10] Gegenstand reger juristischer Diskussionen.

Die Ursprünge des eidgenössischen Amtshaftungsrechts liegen in der Zeit vor der Gründung des Bundesstaates[11].

Bis zur Helvetischen Republik (1798) bedurfte die Frage nach der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten keiner Antwort, da sie sich gar nicht stellte. Die Tagsatzung - das damals ein-

---

9 Vgl. z.B.: SCHLUSSBERICHT 171 und 380; BOTSCHAFT VS; die Vorarbeiten für eine Totalrevision des VG des Kts. ZG (Auskunft der Justiz- und Polizeidirektion des Kts. ZG vom 26.5.1976); BOTSCHAFT TG; die durch die Revision der KV im Kt. AG (vgl. Ergebnis der 1. Beratung vom 1. 12.1976, § 39) notwendig werdende Aenderung der Amtshaftung im Kt. AG.

10 In diesem Zusammenhang sind auch zu erwähnen: das P zu 7188 (Schutz des Bürgers, S. 20.12.56, Kommission für VG), in: Beilage zum Bericht des Bundesrates über die Geschäftsführung im Jahre 1975, Motionen und Postulate der gesetzgebenden Räte S. 20; auf S. 52 wird jedoch die Abschreibung des P verlangt, was auch geschehen ist, vgl.: Beilage zum Bericht des Bundesrates über die Geschäftsführung im Jahre 1976, Motionen und Postulate der gesetzgebenden Räte S. 1. Ferner die Problematik der Haftung des Staates für Schäden aus Terror- und Tumultakten insbes. bei Strassenkrawallen (dazu: M.H.KUNZ v.a. 6ff.; K.OFTINGER, in: SJZ 64 (1968) 228; H.R.SCHWARZENBACH, Schäden aus Tumulten und Terrorakten); das P REINIGER: Opfer von Gewaltverbrechen, Entschädigung (P 75. 351/ N.18.12.75), der Wortlaut des P ist wiedergegeben in: Beilage zum Bericht des Bundesrates über die Geschäftsführung im Jahre 1975, Motionen und Postulate der gesetzgebenden Räte, S. 23; die Frage des pflichtwidrigen Unterlassens von polizeilichen Schutzmassnahmen zur Behebung von Gefahrenzuständen (vgl. als Bspl.: die Vernachlässigung von Sicherungsmassnahmen beim Eislaufen, dazu MERZ/ROOS).

11 Eine Uebersicht über die geschichtliche Entwicklung der Amtshaftung in der Schweiz geben z.B.: C.D.BEZZOLA 14ff.; L.A.GESER 164ff.; M.KUHN 1ff.; L.von MOOS, StenBull. StR 66 (1956) 318ff.; O.K.KAUFMANN, Verantwortlichkeit der Beamten 207aff.; ders., Haftung des Staates 557ff.; A.SAGER 5ff.; H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 71ff.; A. SPRECHER von BERNEGG 61ff..

zige gesamteidgenössische Organ - setzte sich aus den Deputierten der einzelnen Orte zusammen. Diese Abgeordneten waren bei ihrer Stimmabgabe an die Instruktionen ihrer Regierungen gebunden.

Vorerst hatten also die einzelnen Kantone über die Amtshaftung zu befinden[12]. Doch die politisch unruhige Zeit zwischen Helvetik und Gründung des Bundesstaates[13] bildete kein günstiges Forum, um sich mit Problemen aus dem Bereich der Staats- und Beamtenhaftung zu befassen. Die Voraussetzungen waren nicht gegeben, auf interkantonaler oder gar eidgenössischer Ebene selbständig die Problematik wissenschaftlich zu bearbeiten. Es scheint vielmehr, dass die kantonalen Gesetzgeber damals aus der Not eine Tugend machten und sich in diesen Fragen an ausländischen Vorbildern, vor allem an der deutschen[14] Lehre und Rechtsprechung, orientierten.

Es ist daher angezeigt, beim gedrängten historisch-dogmatischen Ueberblick die Erkenntnisse deutscher Untersuchungen[15] zur geschichtlichen Entwicklung der Amtshaftung insoweit mitzuberücksichtigen, als die deutsche Lehre die Entstehung und Fortbildung der Amtshaftungsgesetzgebung in der Schweiz beeinflusst hat.

---

12 A.SAGER 5.
13 Helvetik (1793-1803), Mediation (1803-1813), Regeneration (1830-1848) bis zur Gründung des Bundesstaates 1848.
14 Gl.M.: C.D.BEZZOLA 15; M.STREICHENBERG 158 FN 67.
15 Das geschieht durch Berücksichtigung der Arbeiten von: R.BOEHME (v.a. 14ff.); M.HEIDENHAIN (v.a. 15ff.); F.OSSENBUEHL, Staatshaftungsrecht.

Die Geschichte der Amtshaftung kennzeichnen - ihrer Unterteilung in die Staats- und Beamtenhaftung entsprechend - zwei in wechselseitiger Abhängigkeit verlaufende Entwicklungslinien:

Die e i n e ergibt sich durch die persönliche vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des BEAMTEN für die schuldhafte Verletzung seiner Amtspflicht. Die ursprüngliche Eigenhaftung des fehlbaren Staatsdieners gegenüber dem geschädigten Dritten[16] war eine privatrechtliche-deliktische, d.h. verschuldensabhängige (schuldhafte) Haftung. Damit wird deutlich, dass die Wurzeln der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit im hoheitlichen Bereich[17] im Privatrecht liegen. Die Amtshaftung ist aus dem gemeinen Haftpflichtrecht herausgewachsen. Ihre Entwicklung ist als ein in Abschnitte gegliederter Loslösungsvorgang vom zivilen Schadenersatzrecht zu verstehen[18] . Folge davon ist die weitgehend terminologische Konkordanz von öffentlichem und privatem Haftpflichtrecht[19]. Diese Feststellung wird bestätigt durch die Tatsache, dass beispielsweise kantonale Amtshaftungsgesetze[20] die Bestimmungen von OR 41ff. als subsidiäres kantonales (öffentliches) Recht anwendbar erklären [21].

Die a n d e r e Entwicklungslinie stellt die Entstehung und die Ausgestaltung der STAATSHAFTUNG dar. Der Ausbau der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des Gemeinwesens ist die Folge des Missverhältnisses, das sich im

---

16 Zum Begriff des "geschädigten Dritten" hinten § 9 II..
17 Zur Terminologie vorn § 1 FN 15.
18 R.BARTLSPERGER 1698; C.D.BEZZOLA 11 FN 19 und S. 187.
19 Statt vieler: K.OFTINGER I 5; H.-J.PAPIER 586.
20 Z.B.: VG GR 21; HG ZH 29.
21 Zur Bedeutung der Anwendung von Bundeszivilrecht als subsidiäres kantonales Recht, vgl. hinten § 5 bei FN 80.

Laufe der Zeit zwischen dem der Rechtswirklichkeit unangemessenen Haftpflichtschutz mittels der Eigenverantwortlichkeit des Beamten und der ständig wachsenden Zahl schädigender Amtshandlungen ergab [22].

2. DIE BEAMTENHAFTUNG ALS INSTITUT DES PRIVATRECHTS (Eigenhaftung des schädigenden Beamten) [23]

Die persönliche Haftung des Beamten für amtspflichtwidriges Verhalten ergab sich noch am Ende des 18. Jahrhunderts durch die damals geltende Auffassung über das Rechtsverhältnis zwischen Obrigkeit (Landesfürsten, Regenten, "gnädigen Herren" [24]) und Staatsdiener. Die rechtlichen Beziehungen zwischen Gemeinwesen und Amtswalter wurden als privatrechtlicher Mandatskontrakt (Auftrag) angesehen. Das pflichtwidrige Verhalten eines Bediensteten wurde ihm persönlich zugerechnet, gleich einer Privatperson, die fremde Geschäfte führt und dabei Dritte schädigt [25].

---

22 C.D.BEZZOLA 57 und ff., mit weiteren Ausführungen zu den Entwicklungsstufen der Staatshaftung.

23 Die geltende kantonale Amtshaftungsgesetzgebung kennt kein Bspl. der Beamtenhaftung als Institut des Privatrechts. A.M. sind: Th.FLEINER, Grundzüge 313; A.GRISEL 447f. und H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 98; ders., Schäden aus Tumulten und Terrorakten 231 und 235. Die Autoren sind der Auffassung, Art. 21 Abs. 1 des Gesetzes sull'ordinamento degli impiegati dello Stato e dei docenti des Kts. TI vom 5.11.1954 (in: AS TI Ia, Nr. 54) statuiere den Grundsatz der ausschliesslichen Haftung des Beamten. Art. 21 Abs. 2 dieses Erlasses hält indessen fest: "L'ente di nomina ha diritto di regresso verso il dipendente responsabile anche dopo la cessazione del rapporto d'impiego quando sia obbligato in giudizio a rispondere verso terzi". Dem widersprechen jedoch die Ansichten der zit. Autoren.

24 Die Regenten der einzelnen Orte (Kantone) liessen sich damals gerne mit "gnädige Herren" ansprechen (P.DUERRENMATT 494).

25 R.BAEUMLIN 75; R.BARTLSPERGER 1698; C.D.BEZZOLA 14; M.HEIDENHAIN 16; A.SCHUETZ 10; H.-J.VOGEL 10f..

Auch später, als die Rechtsbeziehung zwischen Staat und Beamten in ein Verhältnis des öffentlichen Rechts umgedeutet wurde, haftete der schädigende Funktionär zunächst weiterhin allein und persönlich für fehlerhafte Verrichtungen[26]. Es herrschte die Ueberzeugung, dass der schädigende Amtswalter nicht mehr in Ausübung der ihm aufgetragenen Amtsbefugnisse auftrete. Der Rechtsbruch eines Bediensteten konnte deshalb nicht "amtlich" sein, weil die Obrigkeit den Beamten nur zu rechtmässigem Handeln beauftragte. Verletzte er seine Befugnisse, handelte er nach Ansicht der Lehre als Privatmann und wurde auch in dieser Eigenschaft haftpflichtig. Damals wurden die auszuführenden Aufgaben noch nicht nach ihrer Natur in "hoheitliche" und "gewerbliche" unterschieden. Man beurteilte das schädigende Verhalten eines Beamten allein nach dem Grundsatz: "Si excessit, privatus est"[27/28].

Erst als die gerichtliche Verfolgung des Beamten erschwert wurde - der schadenstiftende Funktionär konnte nur mit einer zuvor eingeholten staatlichen Ermächtigung vor Gericht belangt werden - entstanden die Voraussetzungen für das Institut der Staatshaftung. Erteilte die zuständige Verwaltungsbehörde die Einwilligung zur gerichtlichen Verfolgung nicht, haftete das Gemeinwesen dem geschädigten Dritten gegenüber.

---

26 In diesem Sinne beurteilen das pflichtwidrige Verhalten eines Beamten: L.A.GESER 22 i.V.m. 36f.; A.SCHUETZ 35 i.V.m. 16f. und 66; A.SPRECHER von BERNEGG 62 (vgl. jedoch dort FN 2); M.STREICHENBERG 163; BOTSCHAFT VG/GR 6.

27 Vgl. R.BOEHME 14 insbes. FN 15.

28 Heute dienen als Anknüpfungspunkte für die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Beamten neben der Eigenschaft, in der er eine Handlung vollbringt ("in Ausübung seiner dienstlichen Verrichtungen") auch die Natur der auszuführenden Aufgabe ("hoheitlich/gewerblich"). - Vgl. zur Terminologie vorn § 1 II. 3., zur Abgrenzung hinten § 12.

Der fehlbare Beamte konnte ja nicht belangt werden. Dazu Beispiele aus der geltenden kantonalen Amtshaftungsgesetzgebung[29/30]:

Erlasse mit primärer Haftung des Beamten und akzessorischer Staatshaftung bei nicht erteilter Verfolgungsermächtigung

- Kanton Thurgau[31]
- Kanton Freiburg[32]

3. DIE STAATSHAFTUNG ALS INSTITUT DES PRIVATRECHTS

Solange das rechtliche Verhältnis zwischen Gemeinwesen und Staatsdiener als ein Mandatskontrakt betrachtet wurde, entfiel auch die Frage nach der Haftung des Staates für die unerlaubten Handlungen seiner Beamten; denn ein Mandant haftet grundsätzlich nicht für den contra mandatum handeln-

---

29 Wobei heute auch in den als Bsple. aufgeführten Kantonen die Beamtenhaftung als ein öffentlichrechtliches Anspruchsinstitut verstanden wird.

30 Ueber Inkrafttreten und Textquelle der positivrechtlichen kantonalen Amtshaftungsgesetzgebung orientiert der Anhang II.

31 Das geltende VG vom 25.9.1851 (vgl. darüber die Arbeit von E.ZUEST) wird z.Zt. revidiert. Es ist vorgesehen, neu die originäre - verschuldensunabhängige Staatshaftung (vgl. dazu hinten § 6 II. 2.4.2) einzuführen, vgl. BOTSCHAFT TG S. 12ff..

32 H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 96; ders., Schäden aus Tumulten und Terrorakten 233, erwähnt als geltenden Erlass das Gesetz über die Verantwortlichkeit des Staatsraths, seiner Unterangestellten und der Friedensgerichte in ihrer Eigenschaft als Vormundschaftsbehörden vom 5.10.1850 (in: AS FR, Bd. 25 (1850), S. 472ff.). Wohl stimmen die Art. 13 und 14 des VG von 1850 mit Art. 17 des VG FR vom 15.11. 1951 sinngemäss überein, doch gilt der Grundsatz: Lex posterior derogat legi priori. Gl.M. wie hier: A.GRISEL 448. - Vgl. dazu das Urteil des KGer. FR vom 12.7.1961 (in: Extraits des principaux arrêts du Tribunal cantonal de Fribourg (1961) S. 77ff.), welches als geltende Rechtsgrundlage ebenfalls das Gesetz von 1951 erwähnt (S. 79).

den Mandatar[33]. Erst mit der Anerkennung des Beamtenverhältnisses als Beziehung des öffentlichen Rechts haftete das Gemeinwesen allenfalls für den Vorwurf, es habe bei der Besetzung und Ueberwachung eines Amtes bzw. dessen Trägers zu wenig Sorgfalt beachtet (cura in eligendo sive costudiendo)[34].

Aus der geltenden kantonalen Amtshaftungsgesetzgebung entspricht dieser Entwicklungsstufe von den rechtlichen Voraussetzungen der Haftbarmachung her:

Die Regelung im Kanton Appenzell I.Rh.[35]
(Erlass mit primärer Haftung des Beamten und solidarischer Staatshaftung im Rahmen von OR 55)

4. DIE STAATSHAFTUNG ALS INSTITUT DES ÖFFENTLICHEN RECHTS

Die Begründung der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des Gemeinwesens im öffentlichen Recht nahm ihren Ausgang, als die Lehre begann, zwischen der Haftung des Staates für anlässlich privatrechtlicher (i.S.v. fiskalisch) und anlässlich hoheitlicher Verrichtungen verursachten Schaden zu unterscheiden[36]. Dieser Unterscheidung hinsichtlich der Rechtsnatur der Aufgaben[37] war neben der sogenannten

---

33 R.BOEHME 23; M.HEIDENHAIN 20; H.-J.VOGEL 10f..

34 M.HEIDENHAIN 20; J.GRAF 86; A.IM HOF 361a; A.SPRECHER von BERNEGG 63.

35 Gl.M.: H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 97; a.M. A.GRISEL 447 und M.REHBINDER, Festschrift 406, sehen in der Besoldungs-Verordnung vom 28.7.1955 ein Bspl. für die ausschliessliche Haftung des Beamten.

36 Ueber die Ursprünge der Unterscheidung orientieren z.B.: R.BOEHME 25; M.HEIDENHAIN 21.

37 Im Schadenersatzrecht wurde die Abgrenzung im Bund auf Gesetzesstufe durch aOR 64 (vgl. den Wortlaut des Art., in: AS NF 5 (1880-1881) S. 646) eingeführt. Demnach bildet seit Erlass des kodifizierten Schuldrechts (1881) das aOR bzw. seit 1912 das OR (Art. 41ff.) die Rechtsgrundlage der Haftung von Staat und Beamten für gewerbliche Schadenakte.

Fiskustheorie[38] die Einsicht vorausgegangen, dass das Ge-

---

38 Die Fiskustheorie - im absolutistischen Ständestaat Deutschlands entstanden - hat auch das schweizerische Amtshaftungsrecht beeinflusst und prägt z.T. noch heute das positive Recht: vgl. z.B. OG 42; BGE 92 (1966) II 212 E. 1; BGE 96 (1970) II 344; BGE 101 (1975) II 182; W.BIRCHMEIER 66f.; F.GYGI, Verwaltungsrechtspflege 17; IMBODEN/RHINOW II Nr. 106 B II; K.RAMSTEIN 99ff..- Die Meinungen über die Entstehung und Funktion der Fiskustheorie gehen teilweise auseinander, vgl. dazu: R.BOEHME 64; C.D.BEZZOLA 15; E.FORSTHOFF 29; F.FLEINER 30ff.; F. GYGI, Verwaltungsrecht und Privatrecht 22; W.JELLINEK 87; O.MAYER 49 ff.; P.U.ROSENSTOCK 231; H.-J.VOGEL 13f.. Ohne auf die Meinungsverschiedenheiten einzutreten, kann allgemein dazu festgestellt werden: Man unterscheidet eine ältere und eine jüngere (modifizierte) Fiskustheorie (F.FLEINER 30ff., 279; P.U.ROSENSTOCK 231).
Nach der älteren Theorie wurde im Staat einerseits der Träger von Hoheitsrechten, andererseits ein Privatrechtssubjekt erblickt, welches die Vermögensrechte des Gemeinwesens verkörperte. Die Verdoppelung der Persönlichkeit der öffentlichen Hand mit Hilfe der Konstruktion des "Fiskus" - als ein vom Hoheitsträger (Staat/Landesherr) rechtlich verschiedenes Privatrechtssubjekt - ermöglichte, das staatliche Leben in einen Bereich der Unverantwortlichkeit (als Hoheitsträger) und einen Kreis von vermögensrechtlich zu verantwortenden Verrichtungen einzuteilen. Im Gegensatz zum Fiskus, der für die rechtsgültig eingegangene Verbindlichkeit seiner Beamten vermögensrechtlich einzustehen hatte, konnte der Staat als Hoheitsträger wegen rechtswidrigem Verhalten nicht belangt werden. Damit konnten die historisch und politisch bedingten Lücken (vgl. dazu F.FLEINER 30ff.) in den Rechtsschutzeinrichtungen für den Bürger gegenüber den Anordnungen des Landesfürsten bis zu einem gewissen Grade gestopft werden. Die Fiskustheorie brachte es mit sich, dass der Bürger die Möglichkeit hatte, "die Obrigkeit in der Person des Fiskus vor ihren eigenen Territorialgerichten zu verklagen, sofern das Streitverhältnis vermögensrechtliches Gepräge trug", (F.FLEINER 33 insbes. FN 16).
Die hier vor allem interessierende modifizierte (jüngere) Fiskustheorie nahm ihren Ausgang, als mit dem Selbständigwerden der Gerichte von der Verwaltung und dem Aufkommen einer geschlossenen, einheitlichen Staatsgewalt der Lehre vom Staat als zwei von einander unabhängigen Rechtssubjekten die Grundlage entzogen wurde. Nach wie vor trat der Staat als Hoheitsträger und als Fiskus auf. Doch war der Fiskus nun mehr bloss die vermögensrechtliche Seite eines zur Einheit verschmolzenen Rechtsträgers, des Gemeinwesens. Für den Staat als Fiskus galt immer noch das Privatrecht. Die öffentliche Hand als Hoheitsträger wurde dem öffentlichen Recht unterstellt, so dass das Gemeinwesen fortan nach öffentlichem und privatem Recht "lebte"; vgl. Näheres dazu bei F.FLEINER 38ff..

meinwesen nicht lediglich für ein Verschulden bei der Auswahl seiner Bediensteten, sondern allgemein als Geschäftsherr für die Fehlleistungen seiner Beamten einzustehen habe [39].

Einzelne Autoren [40] forderten - angeregt durch die Unterscheidung von hoheitlicher und gewerblicher Tätigkeit des Staates -, die öffentliche Hand dürfe für Fehlleistungen ihrer Beamten nicht ausschliesslich nach gemeinem Recht ersatzpflichtig werden.

Trotz teilweise unterschiedlicher Argumentation waren sich die Befürworter einer Staatshaftung darin einig, dass die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Gemeinwesens deshalb im öffentlichen Recht anzusiedeln sei, weil der in Erfüllung hoheitlicher Verrichtungen fehlbare Amtswalter dem Geschädigten nicht als gleichgeordnetes Rechtssubjekt, sondern als Träger hoheitlicher Machtmittel gegenüber trete.

Mit dieser Auffassung war der Grundstein für die Anerkennung der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des Staates im hoheitlichen Bereich gelegt. Die Haftpflicht des Gemeinwesens für gewerbliche (fiskalische) Verrichtungen ordnete man weiterhin dem Privatrecht zu.

---

39 R.BOEHME 21; M.HEIDENHAIN 20.

40 Ueber die einzelnen Befürworter einer Staatshaftung nach öffentlichem Recht und den dabei vertretenen Theorien orientieren: R.BOEHME 25ff.; M.HEIDENHAIN 22ff.; A.SPRECHER von BERNEGG 63ff.; der Autor setzt sich auf S. 67f. auch mit der Rechtsprechung des BGer. (am Ende des letzten Jahrhunderts) hinsichtlich der Unterscheidung der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des Staates im hoheitlichen und fiskalischen Bereich auseinander; vgl. diesbzgl. zur Praxis des BGer. in dieser Zeit auch: J.FISCHER 185ff. und 193ff..

Die konkrete rechts-dogmatische Ausgestaltung der Staatshaftung war eng mit rechtspolitisch bedingten Vorbehalten verknüpft. Befürchtend, die Einführung der unmittelbaren Staatshaftung [41] könnte allzu sehr die Staatskasse belasten, entschloss sich der Gesetzgeber aus finanziellen Ueberlegungen, die externe Beamtenhaftung [42] neben der Haftpflicht des Staates im hoheitlichen Bereich bestehen zu lassen. Die öffentliche Hand leistete nicht als H a f t p f l i c h t s u b j e k t Schadenersatz. Sie war lediglich dazu bereit, für die Solvenz des fehlbaren Bediensteten zu garantieren. Diese bürgschafts- oder garantieähnliche Verpflichtung des Gemeinwesens [43] war je nach ihrem Verhältnis zur externen Beamtenhaftung verschieden ausgestaltet. Man unterschied zwischen der subsidiären [44] und der solidarischen [45] Staatshaftung [46]. - Die Haftung des Gemeinwesens bestand nur insofern, als die Eigenhaftung des schädigenden Funktionärs gegeben war. Das Gemeinwesen wurde nur in dem Umfange ersatzpflichtig, als der Beamte persönlich haftbar war.

---

41 Zur unmittelbaren (originären) Staatshaftung hinten § 6 II. 2.4.1; § 17.

42 Zur externen Beamtenhaftung hinten § 6 I. 1..

43 Vgl. A.H.ZACHARIAE 633 (zit. bei R.BOEHME 36), umschreibt die Haftpflicht des Staates mit: "Natur einer Bürgschaft, Garantieleistung oder Gewähr dafür, dass der Unterthan nicht durch das Prinzip der Staatsordnung selbst benachteiligt werde".

44 Zur subsidiären Staatshaftung hinten § 6 II. 2.1.

45 Zur solidarischen (solidaren) Staatshaftung hinten § 6 II. 2.2.

46 Nach rechts-dogmatischen Gesichtspunkten - nicht dagegen von den verfahrensrechtlichen Voraussetzungen her - ist neben der subsidiären und solidaren auch die primäre (vgl. dazu hinten § 6 II. 2.3) Staatshaftung zu diesem Kreis zu zählen. - In dieser Arbeit dient der Ausdruck "derivative Staatshaftung" als Sammelbegriff für die subsidiäre, solidarische und primäre Staatshaftungsform. Zugleich bildet der Begriff der "derivativen Staatshaftung" das Gegenstück zum Terminus der "originären Staatshaftung". Innerhalb der derivativen Staatshaftungsformen bilden die solidarische und die subsidiäre Haftungsform die Kategorie der "komplementären Staatshaftung". Vgl. zur Terminologie auch hinten § 6 II. 1.2.

Dem Staat kamen somit alle Haftungsvorteile zugute, die auf die Person des schädigenden Funktionärs zugeschnitten waren[47]. Das schädigende Verhalten eines Amtswalters wurde noch immer diesem zugerechnet. Der Staat zahlte lediglich fremde Schulden. Die Haftungsverbindlichkeit der öffentlichen Hand war daher keine unmittelbare (selbständige, originäre), sondern eine mittelbare (abgeleitete, derivative) Verpflichtung.

Mit dieser rechtlichen Konstruktion der Staatshaftung wurden offenkundige dogmatische Widersprüche in Kauf genommen[48]. Die Staatshaftung, gedacht als Institut zur Verbesserung des Haftpflichtschutzes des Geschädigten, von der Eigenverantwortung des Beamten abhängig zu machen, war in der Tat ein logischer Fehlschluss; denn die externe Beamtenhaftung, welche durch die Einführung der Staatshaftung eigentlich hätte verdrängt werden sollen, bildete nach wie vor nicht bloss die tatsächliche Ursache der Haftung des Staates. Sie stellte auch deren rechtliche Voraussetzung[49] dar.

Die Ausgestaltung der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des Gemeinwesens im hoheitlichen Bereich in dieser Form war nichts anderes als die auf die öffentliche Hand

---

47 Diesem Ausbildungsstand entsprechen positivrechtlich die Amtshaftung in der BRD (dazu vorn § 4 FN 5) und im schweizerischen Recht die derivativen Staatshaftungsformen (=subsidiäre, solidare und primäre Verantwortlichkeit des Gemeinwesens).

48 Gl.M.: R.BOEHME 51ff.; M.HEIDENHAIN 33; F.OSSENBUEHL 3; W.ZEHNTNER 84.

49 Anders der Tatbestand der originären Staatshaftung. Bei ihr stellt die Eigenverantwortung des fehlbaren Beamten keine rechtliche Voraussetzung dar. Das Fehlverhalten des Amtswalters bildet lediglich eine von mehreren möglichen Ursachen der Staatshaftung.

übertragene externe Beamtenhaftung. Den Beamten bloss im Innenverhältnis[50] und wenn möglich nur für vorsätzliche oder grobfahrlässige Amtspflichtverletzung verantwortlich zu erklären, lag noch nicht in der Strömung der Zeit.

Der damals eingeschlagene Weg hat für die Entwicklung des Amtshaftungsrechts weitreichende Konsequenzen gehabt. Das zeigen vor allem die Probleme, die bei der originären Staatshaftung[51] hinsichtlich des Widerrechtlichkeitsbegriffes[52] entstehen. Die Problematik wird dort deshalb besonders offenkundig, weil das Gemeinwesen nicht mehr lediglich für die verschuldete Amtspflichtverletzung des Beamten, sondern auch für unverschuldete rechtswidrige Verhalten und Zustände einzustehen hat. Diese veränderte Haftungssituation muss zweifellos Folgen für die Definition der Widerrechtlichkeit im Amtshaftungsrecht haben.

Dazu Beispiele aus der geltenden kantonalen Amtshaftungsgesetzgebung:

Primäre Haftung des Beamten mit subsidiärer Staatshaftung

- Kanton Uri
- Kanton Wallis[53/54]
- Kanton Zug[55]

---

50 Zur Haftung des Beamten im Innenverhältnis hinten § 6 I. 2..

51 Zur originären-verschuldensunabhängigen Staatshaftung hinten § 6 II. 2.4.

52 Dazu hinten § 7 V. 3..

53 Vgl. zum Amtshaftungsrecht im Kt. VS: E.GAY v.a. 108ff..

54 In der Sitzung vom 12.5.1976 hat der Grosse Rat des Kts. VS den revidierten Art. 21 der KV vom 8.3.1907 angenommen. Dieser sieht neu eine originäre-verschuldensunabhängige Staatshaftung vor. Vgl. BOTSCHAFT VS 2 und Anhang II.

55 Im Kt. ZG sind Vorarbeiten für eine Totalrevision des VG angelaufen. Die Verfasser des neu zu schaffenden Gesetzes beabsichtigen, die originäre-verschuldensunabhängige Staatshaftung einzuführen (Auskunft der Justiz- und Polizeidirektion des Kts. ZG vom 26.5.1976).

Solidarische Haftung von Beamten und Staat

- Kanton Basel-Land
- Kanton Genf [56)]
- Kanton Glarus
- Kanton Neuenburg [57)]
- Kanton Bern [58)]

---

56 Gl.M. sind: Z.GIACOMETTI, Allg. Lehren 523f. FN 24f. (mit Vorbehalten); A.GRISEL 450; O.K.KAUFMANN, Verantwortlichkeit der Beamten 300a; M. REHBINDER, Gutachten 10; H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 99; ders., Schäden aus Tumulten und Terrorakten 235; R.SECRETAN 149; Sem jud 94 (1972) 139ff.. A.M. sind: C.D.BEZZOLA 58; P.GRAFF 455a; W.ZEHNTNER 97, 104ff. und im Anhang, diese Autoren sehen im VG GE ein Bspl. einer originären Staatshaftung.

57 Gl.M. sind: A.GRISEL 449f.; O.K.KAUFMANN, Verantwortlichkeit der Beamten 300a; M.REHBINDER, Gutachten 10; ders., Festschrift 407; H.R. SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 99; ders., Schäden aus Tumulten und Terrorakten 235. A.M. ist: W.ZEHNTNER 88 und im Anhang; er erblickt im VG NE ein Bspl. für die originäre Staatshaftung.

58 Das Gesetz über das Dienstverhältnis der Behördemitglieder und des Personals der bernischen Staatsverwaltung vom 7.2.1954 (Art. 38 Abs. 1, 3, 4, vgl. den Wortlaut der Abs. 3 und 4 hinten § 6 FN 39) sieht neben der subsidiären auch die solidarische Staatshaftung vor. - Für die Gemeinden und deren Beamten gilt jedoch die originäre-verschuldensunabhängige Staatshaftung, verbunden mit einer internen Beamtenhaftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, vgl. Gemeindegesetz vom 20.3.1973, Art. 37ff., in: AS BE (1973) S. 156f..

Primäre Staatshaftung[59]

- Kanton Aargau[60]
- Kanton Graubünden
- Kanton Luzern[61]

---

59 Vgl. zur primären Staatshaftung hinten § 6 II. 2.3. - In der Literatur wird die primäre Staatshaftung nicht als rechts-dogmatisch selbständiges Anspruchsinstitut aufgeführt. Der Begriff "primäre Staatshaftung" wird vielmehr als Synonym für die "ausschliessliche" oder "originäre" Staatshaftung verwendet. Demnach erfolgt auch die Zuordnung der Amtshaftungserlasse der Kte. AG, GR, LU, vgl.: BOTSCHAFT TG 10; M.REHBINDER, Gutachten 18; H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 95, 98; ders., Schäden aus Tumulten und Terrorakten 231; W.ZEHNTNER 88ff. und im Anhang.

60 Das VG AG gilt nur für die schädigenden Verrichtungen kantonaler und kommunaler Beamter, Angestellter und Arbeiter, nicht aber für Funktionäre öffentlich-rechtlicher Betriebe mit selbständiger Rechtspersönlichkeit (= mit öffentlichen Aufgaben betrauten Organisationen), vgl. VG AG 4. Zum VG AG: E.STEINER, in: ZBl 42 (1941) 36f.. - Im Kt. AG ist eine Verfassungsrevision im Gange. Gemäss § 39 des Verfassungsentwurfes vom 1.12.1976 ist beabsichtigt, die originäre-verschuldensunabhängige Staatshaftung einzuführen (vgl. dazu: Verfassung des Kts. AG, Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, Aarau 1977, S. 144ff., mit Stellungnahmen der politischen Parteien und Verbände).

61 Vgl. zur Amtshaftungsgesetzgebung im Kt. LU die Schrift von J.TANNER, Die Verantwortlichkeit der Behörden und Beamten nach luzernischem Recht (Diss. Basel 1950), zit. bei H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 14.

II. DIE AMTSHAFTUNG IM ZEITPUNKT DER KODIFIKATION DES ZGB [62)]

1. ÜBERSICHT

Im Zuge der gegen Ende des 19. Jahrhunderts ausgebrochenen Diskussion um die Deliktsfähigkeit juristischer Personen[63)] entbrannte erneut eine Auseinandersetzung über die rechtliche Begründung der Staatshaftung[64)]. Die bereits vorhandenen dogmatischen Widersprüche[65)] führten zusammen mit den neu aufgeworfenen Problemen und dem damals geltenden Rechtspositivismus[66)] dazu, dass um die Jahrhundertwende der gesamte Fragenkomplex nicht gelöst war. Ein rechts-dogmatisch durchdachtes, in sich geschlossenes Amtshaftungsrecht hatte

---

62 Das ZGB trat am 1.1.1912 in Kraft.

63 Juristische Personen sind "Personen" im Rechtssinn, d.h. es handelt sich nicht um natürliche (physische) Rechtssubjekte, sondern um Organisationsformen, deren Entstehen das positive Recht ermöglicht. Ihre Rechtsstellung ist soweit als durchführbar derjenigen natürlicher Personen angenähert (ZGB 53). Juristische Personen sind rechts- (ZGB 53 i.V.m. ZGB 11) und handlungsfähig (ZGB 54 i.V.m. ZGB 12ff.). Man unterscheidet zwischen juristischen Personen des öffentlichen und solchen des privaten Rechts (vgl. dazu: A.EGGER, Art. 52ff.; TUOR/SCHNYDER 100ff.).

64 Im Zuge der deutsch-rechtlichen Genossenschaftstheorie (Näheres dazu bei: B.BENDER 93; R.BOEHME 71ff.; M.HEIDENHAIN 31ff.; A.SCHUETZ 16ff.; A.SPRECHER von BERNEGG 64ff. v.a. 74f.; H.-J.VOGEL 12f.) wurde versucht, die privatrechtliche Organhaftung der juristischen Person auch auf den Staat zu übertragen. Damit gewann wieder die privatrechtlich begründete Staatshaftung die Oberhand.

65 Vorn § 5 bei FN 8.

66 Der Rechtspositivismus der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts charakterisiert sich dadurch, dass er versuchte, alles Recht aus dem Gesetz (d.h. einer positiven Norm) abzuleiten. Für die Staatshaftung wurde die Meinung vertreten: Das Gemeinwesen werde nur dann vermögensrechtlich verantwortlich, wenn diesbzgl. positivrechtlich (im Gesetz) eine Haftung des Staates normiert sei.

sich nicht zu bilden vermocht[67] . Durchgedrungen waren allein die Erkenntnisse:

- dass der Staat und die Beamten sowohl im hoheitlichen wie fiskalischen Bereich für rechtswidrig verursachten Schaden haftpflichtig werden können[68] und

- dass die Beziehung zwischen Beamten und Staat ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis darstellt[69] .

Diese Erkenntnisse führten zusammen mit der verfassungsmässigen Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen[70] dazu, dass die Gesetzgebungshoheit im Bereich der Amtshaftung in die Zuständigkeit der Kantone fiel und heute

---

67 Dafür sprechen die bei der Schaffung des ZGB in den Erlass aufgenommenen Amtshaftungsbestimmungen (vgl. vorn § 3 FN 41). Die Schöpfer des ZGB erachteten die Aufnahme von Amtshaftungsbestimmungen ins ZGB deswegen als notwendig, weil die nur ungenügend ausgebaute kantonale Amtshaftungsgesetzgebung keine Gewähr bot, die korrekte Ausführung der den Kantonen übertragenen Aufgaben zu sichern (Haftpflichtrecht als Prävention!). Gl.M.: DESCHENAUX/TERCIER 31; O.K.KAUFMANN, Haftung des Staates 566; P.PORTMANN 125.

68 Bereits aOR 64 (Wortlaut des Art. in: AS 5 NF (1880-1881) S. 646) hatte zwischen gewerblichen und hoheitlichen Verrichtungen des Beamten unterschieden. OR 61 stimmt sinngemäss mit aOR 64 überein.

69 Gl.M. C.D.BEZZOLA 15f..

70 BV 3 i.V.m. BV 64. Vgl. dazu vorn § 3 bei FN 4 und z.B. BGE 15 (1889) 204: "Die Bundesgewalt allerdings schöpft ihre Befugnisse aus der Bundesverfassung und es stehen ihr solche gemäss Art. 3 der Bundesverfassung nur insoweit zu, als die Bundesverfassung sie ihr überträgt. Die Kantone dagegen sind, innerhalb der bundesverfassungsmässigen Schranken, souverän; ihr Gesetzgebungsrecht folgt unmittelbar aus ihrer Souveränität; ...".

noch fällt, soweit sie nicht dem Bund übertragen ist [71]. Die Artikel OR 61 Abs. 1 für die externe Beamtenhaftung, OR 342 Abs. 1[72] lit. a für die interne Beamtenhaftung und ZGB 59 Abs. 1 i.V.m. OR 61 für die Staatshaftung stellen deshalb sog. unechte Vorbehalte dar [73/74].

---

71 Vgl. als Auswahl neben den vorn § 3 FN 41 erwähnten sowie den bei R. HOTZ 18 FN 20 aufgeführten bundesrechtlichen Vorschriften über die Haftpflicht der Kantone im hoheitlichen Bereich auch: SVG 77, dazu Th.WOLFENSBERGER v.a. 58ff.; Eidg. Fleischschau-VO vom 11.10.1957 (SR 817.191), Art. 62; AHVG, Art. 70; BRB über die Unterstützung des Beratungs- und Gesundheitsdienstes in der Schweinezucht sowie die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten der Schweine vom 2.7.1965 (SR 916.314.1), Art. 9 Abs. 5; Tierseuchegesetz vom 1.7. 1966 (SR 916.40), Art. 7 Abs. 3; BG über den Zivilschutz vom 23.3. 1962 (SR 520.1), Art. 77 Abs. 1.

72 OR 342 Abs. 1 ersetzt seit der Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titels bis des OR (Arbeitsvertrag) vom 25.6.1971, in Kraft seit 1.1.1972 (BRB vom 1.10.1971, in: AS (1971) S. 1507) den früheren Art. 362 Abs. 1 OR.

73 Unecht nennt man Vorbehalte, die bloss deklaratorische Bedeutung haben. Sie begründen nicht neue Normsetzungsbefugnisse, sondern wiederholen lediglich was bereits kraft verfassungsmässiger Kompetenzausscheidung gilt. Normsetzungsbefugnisse zugunsten des kantonalen öffentlichen Rechts stellen unechte (vgl. ZGB 6 Abs. 1), solche zugunsten des kantonalen Privatrechts dagegen echte (vgl. ZGB 5 Abs. 1) Vorbehalte dar. Vgl. P.LIVER, BeKo Einleitungsbd., Art. 5 Nr. 13 und 16; TUOR/SCHNYDER 26 insbes. FN 10.

74 Hinsichtlich OR 342 Abs. 1 ist E.M.JUD 32, a.M.: "... Art. 342 Abs. 1 OR, der einen echten Vorbehalt zugunsten von Vorschriften des Bundes, der Kantone und Gemeinden über das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis enthält." Gl.M. wie hier: H.HUBER, BeKo Einleitungsbd., Art. 6 Nr. 40; BGE 71 (1945) II 226f..

2. HAFTUNGSRECHTLICHE GRUNDSÄTZE ALS FOLGE DER KANTONALEN RECHTSSETZUNGSKOMPETENZ IM AMTSHAFTUNGSRECHT

Die Verteilung der Gesetzgebungskompetenz im Amtshaftungsrecht zwischen Bund und Kantonen ist praktisch bedeutsam und wird in der Lehre und Rechtsprechung folgendermassen interpretiert [75]:

2.1 Im Bereich der externen Beamtenhaftung

Im Bereich der externen Beamtenhaftung können Bund und Kantone auf dem Wege der Gesetzgebung[76] von OR 41ff.[77] abweichende Bestimmungen aufstellen. Für den Bund gilt diese Regelungsbefugnis auch bei rechtswidrigen Schädigungen, die seine Beamten in Erfüllung gewerblicher Verrichtungen verursachen[78]. Macht ein Kanton von seiner Gesetzgebungskompetenz keinen Gebrauch, und verweist das kantonale Recht auch nicht auf die Bestimmungen des Bundeszivilrechts - welches in diesem Falle subsidiär als kantonales öffentliches Recht gelten würde[79] - so finden die Normen von OR 41ff. als subsidiäres Zivilrecht Anwendung. Unter diesen Umständen ist

---

75 Dazu gehört auch der durch die Praxis und Doktrin entwickelte "haftungsrechtliche" Beamtenbegriff, dazu hinten § 8 II. 1..

76 Abweichende Bestimmungen auf dem Wege der Gesetzgebung setzen "den Erlass eines eigentlichen Gesetzes oder doch von Bestimmungen, die auf einer verfassungsmässigen Kompetenzdelegation beruhen, ..." (BGE 96 (1970) I 218) voraus.

77 OR 61: "Ueber die Pflicht von öffentlichen Beamten oder Angestellten, den Schaden, den sie in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursachen, zu ersetzen oder Genugtuung zu leisten, können der Bund und die Kantone auf dem Wege der Gesetzgebung abweichende Bestimmungen aufstellen.
Für gewerbliche Verrichtungen von öffentlichen Beamten oder Angestellten können jedoch die Bestimmungen dieses Abschnittes durch kantonale Gesetze nicht geändert werden". - Vgl. BGE 96 (1970) II 45.

78 Von dieser Kompetenz hat der Bund durch VG 11 Abs. 2 Gebrauch gemacht.

79 Vgl. vorn § 3 FN 56.

die Berufung[80] ans Bundesgericht möglich, nicht dagegen im Fall, wo das Bundeszivilrecht als (subsidiäres) kantonales öffentliches Recht Geltung hat[81].

2.2 Im Bereich der internen Beamtenhaftung

Die interne Beamtenhaftung regelt das öffentliche Dienstrecht. Das Dienstverhältnis öffentlicher Beamter "wird in vollem Umfang, auch hinsichtlich ihrer Verantwortlichkeit daraus gegenüber dem Staat, vom einschlägigen öffentlichen Recht beherrscht"[82].

Die Kantone sind frei in der Ausgestaltung der internen Beamtenhaftung. Fehlt es an einer gesetzlichen Regelung, verhält es sich nicht wie bei OR 61 Abs. 1, wo im entsprechenden Fall die Bestimmungen von OR 41 ff. als subsidiäres Bundeszivilrecht angewandt werden[83/84]. Der öffentlichrechtliche Charakter des

---

80 OG 43, vgl. dazu: W.BIRCHMEIER 71ff.; M.KUMMER 187ff..

81 Ueber die unterschiedlichen prozessualen Verfahren hinsichtlich der Anwendung der Bestimmungen von OR 41ff. - einmal als kantonales öffentliches Recht, einmal als Bundeszivilrecht - bemerkt GUHL/MERZ/KUMMER 183: "Für diese Unterscheidung der Gerichtspraxis dürfte das Wort v. Tuhrs zutreffen, dass innerlich nicht begründete Verschiedenheiten eine Rechtsordnung zwar bunter, aber nicht reicher machen".

82 BGE 71 (1945) II 227.

83 Vgl. BGE 71 (1945) II 227: "Beim Fehlen einer gesetzlichen Regelung der Haftung aus dem Dienstverhältnis gegenüber dem Staat kann Art. 328 OR vielmehr höchstens als subsidiäres kantonales Recht in Betracht kommen, das vom Bundesgericht als Berufungsinstanz nicht überprüft werden kann".

84 A.M. ist IMBODEN/RHINOW II Nr. 148 B IIc (u.a. auch mit Verweisung auf BGE 71 (1945) II 227f.), wo bemerkt wird, dass, fehle es an einer öffentlich-rechtlichen Haftungsnorm oder schliesse das öffentliche Recht eine Ersatzpflicht aus, der Beamte dennoch, jedenfalls bei absichtlicher Schadenszufügung, aus OR 41 verantwortlich werde.

Dienstverhältnisses schliesst zwar die sinngemässe Anwendung der Vorschriften des privaten Arbeitsvertragsrechts nicht aus, doch muss darüber das öffentliche Recht entscheiden[85] . Eine allfällige subsidiäre Anwendung des obligationenrechtlichen Arbeitsvertragsrechts kann daher vom Bundesgericht im Berufungsverfahren nicht überprüft werden.

2.3 Im Bereich der Staatshaftung

Die Rechtsetzungshoheit im Bereich der Staatshaftung wird auf Gesetzesstufe mit ZGB 59 Abs. 1 in Verbindung gebracht. Lehre und Rechtsprechung[86] erblicken in ZGB 59 Abs. 1 nicht nur die Rechtsgrundlage für die Regelung der internen Verhältnisse öffentlichrechlicher Körperschaften und Anstalten (z.B. Bestimmungen über den Aufbau und die Organisation); sie subsumieren unter diesen unechten Vorbehalt auch die Kompetenz zum Erlass von Normen, welche die Beziehungen nach aussen regeln. Dazu gehört unter anderem auch die Haftung der öffentlichrechtlichen Körperschaften und Anstalten gegenüber Dritten. In Anwendung der Grundsätze, welche zur Abgrenzung[87] zwischen OR 61 Abs. 1 und Abs. 2 dienen, ergibt sich aus ZGB 59 Abs. 1, dass die Ersatzpflicht des Gemeinwesens für hoheitliche Verrichtungen

---

85 Vgl. dazu die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines BG über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titels bis des OR (Der Arbeitsvertrag) vom 25.8.1967, in: BBl 119 (1967) II 241ff., S. 403. Dazu auch M.KUHN 52 insbes. FN 2: der Autor hält dafür, dass die Bestimmungen von OR 41ff. analog anzuwenden seien, wenn es an entsprechenden öffentlichrechtlichen Haftungsnormen fehle. Das gelte nach der Praxis auch dann, wenn es im entsprechenden Erlass nicht ausdrücklich erwähnt sei.

86 Statt vieler: K.OFTINGER II/1 117 insbes. FN 91; BGE 101 (1975) II 185.

87 Vgl. dazu hinten § 12.

dem öffentlichen Recht unterstellt ist[88]. Demnach gilt analog zu OR 61 Abs. 1, dass die öffentliche Hand für eine schuldhafte Amtspflichtverletzung eines ihrer Bediensteten lediglich dann verantwortlich wird, wenn ihr dieses Verhalten auch zugerechnet werden kann. Mit anderen Worten: der Staat haftet für das schädigende Verhalten eines Amtswalters nur, sofern dieser den Schaden in Ausübung seiner amtlichen Verrichtungen verursacht hat[89].

Im Gegensatz zur Praxis bei OR 61 Abs. 1 wird im analogen Fall bei der Staatshaftung das Legalitätsprinzip von der Rechtsprechung nicht übergangen[90]. Fehlt es im öffentlichen Recht an einer positivrechtlich angeordneten Haftpflicht des Staates, gelten die privatrechtlichen Haftpflichtbestimmungen nicht als subsidiäres Bundeszivilrecht. Ohne öffentlichrechtlich normierte Schadenersatzpflicht besteht im hoheitlichen Bereich für das Gemeinwesen keine Haftung. Der Grundsatz der Unverant-

---

88 Für Schädigungen aus gewerblichen Verrichtungen bestimmt sich die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Gemeinwesens nach Privatrecht. Die Haftung des Staates im fiskalischen Bereich gehört nicht zum Thema der Arbeit und bleibt daher ausserhalb der Betrachtungen.

89 Um nicht zu wiederholen, was in der einschlägigen Literatur eingehend bearbeitet wurde, wird für die Frage der Zurechnung von rechtswidrigem Verhalten staatlicher Funktionäre an das Gemeinwesen auf die Bemerkungen dazu bei: C.D.BEZZOLA 78ff.; O.K.KAUFMANN, Verantwortlichkeit der Beamten 260af.; ders., Haftung des Staates 569f.; M.KUHN 55ff.; B. MUELLER 344ff.; K.OFTINGER II/1 107f., 144ff.; H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 54ff. hingewiesen. Dieselbe Frage stellt sich auch beim Tatbestand von OR 55.

90 Diese Feststellung gilt nach der neueren Rechtsprechung des BGer. - vgl. BGE 102 (1976) II 343ff. - nicht uneingeschränkt. Die Praxis ist dazu übergegangen, bei Lücken im öffentlichrechtlichen Haftpflichtschutz das Gemeinwesen nach privatrechtlichen Haftungsbestimmungen verantwortlich zu erklären. Vgl. hinten § 10 III. 2.3 bei FN 80.

wortlichkeit bei fehlender Rechtsgrundlage ergibt sich unter anderem auch aus der Tatsache, dass es im öffentlichen Recht an einer haftungsrechtlichen Generalklausel analog zu OR 41ff. fehlt. Die Tragweite des Legalitätsprinzips wird besonders bei der Haftung von mit hoheitlichen Aufgaben betrauten Organisationen ausserhalb der unmittelbaren Verwaltung deutlich. Beschränkt ein kantonaler Amtshaftungserlass den sachlichen Geltungsbereich des Gesetzes auf die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Staates (i.S.v. Kanton, Kreis, Bezirk, Gemeinde), so sind öffentlichrechtliche und privatrechtliche Körperschaften und Anstalten, denen hoheitliche Aufgaben zur Verrichtung übertragen werden, dem Gesetz nicht unterstellt. Bestehen im kantonalen Recht nicht Spezialvorschriften, haften solche Organisationen für rechtswidrige Schädigungen aus hoheitlichen Verrichtungen nicht[91/92].

---

91 Vgl. als Bspl.: VG AG 4. Ueber die Gründe, weshalb im aargauischen Recht die Haftung öffentlichrechtlicher Betriebe mit selbständiger Rechtspersönlichkeit für rechtswidrig-hoheitliche Schädigungen wegbedungen wurde, orientiert: W.ZEHNTNER 100.

92 Vgl. BGE 101 (1975) II 184: "Nach Lehre und Rechtsprechung richtet sich die Haftung insoweit ausschliesslich nach öffentlichem Recht, als hoheitliche Befugnisse ausgeübt werden. Anders als bei der persönlichen Haftbarkeit des Beamten ist das Bundeszivilrecht selbst dort nicht anwendbar, wo das öffentliche Recht keine eigene Regelung der Haftpflicht kennt".

III. DIE ENTWICKLUNG DER KANTONALEN AMTSHAFTUNGSGESETZGEBUNG SEIT DER KODIFIKATION (ÜBERBLICK)

Die Einsicht, dass die Amtshaftung mit der ständig wachsenden Zahl von hoheitlichen Schädigungsmöglichkeiten nicht mehr vor allem eine Angelegenheit zwischen fehlbarem Amtswalter und geschädigtem Dritten sein kann, konnte auch dem kantonalen Gesetzgeber nicht verschlossen bleiben. Dennoch fand diese Auffassung, zumindest rechts-dogmatisch gesehen, bei der Ausgestaltung der kantonalen Staats- und Beamtenhaftungserlasse kaum Niederschlag. Erst die Einführung des eidgenössischen Verantwortlichkeitsgesetzes vom 14. März 1958 (SR 170.32) verhalf der originären Staatshaftung[93] auf kantonaler Ebene zum Durchbruch. Gingen bis zu diesem Zeitpunkt die kantonalen Gesetzgeber davon aus, entweder an bestehenden Lösungen festzuhalten[94] oder eine Haftungsform einzuführen, welche die Verantwortlichkeit des Gemeinwesens weitgehend von den Voraussetzungen der Beamtenhaftung abhängig macht[95] , wurde von nun an immer mehr dem Gedanken Rechnung getragen, wonach das Gemeinwesen nicht lediglich für die Amtspflichtverletzung des Amtswalters, sondern allgemein für Rechtsverletzungen aus staatlichem Unrecht einzustehen hat.

---

93 Die originäre Staatshaftung ist entweder als Verschuldenshaftung (deliktische Form) oder als Kausalhaftung ausgestaltet. Vgl. hinten § 6 II. 2.4.

94 Vgl. z.B.: Die in Revision befindlichen Amtshaftungsbestimmungen der Kte. VG und VS; ferner das VG FR, VG UR, VG BL.

95 Vgl. z.B.: VG GL, VG GR, VG AG. In diesen Kantonen trugen finanzielle Erwägungen massgeblich dazu bei, die Amtshaftung in dieser Form auszugestalten. Vgl. für das VG GL: W.ZEHNTNER 66; für das VG GR: BOTSCHAFT VG/GR 14f.; für das VG AG: O.K.KAUFMANN, Verantwortlichkeit der Beamten 305 FN 236.

Die originäre Staatshaftung, sei es in Form der Verschuldenshaftung, sei es in Form der Kausalhaftung, haben im positiven Recht folgende Kantone eingeführt:

Die originäre Staatshaftung als Verschuldenshaftung ausgestaltet haben: der
- Kanton Schaffhausen
- Kanton Waadt[96)]
- Kanton St. Gallen

Die originäre Staatshaftung als Kausalhaftung ausgestaltet haben[97)]: der
- Kanton Solothurn
- Kanton Basel-Stadt
- Kanton Obwalden[98)]
- Kanton Appenzell A.Rh.[99)]
- Kanton Zürich
- Kanton Schwyz
- Kanton Nidwalden

---

96 Nach dem Wortlaut von Art. 4 VG VD bildet das Verschulden des rechtswidrig schädigenden Beamten keine Haftungsvoraussetzung. In der Praxis dagegen haftet der Staat nur, sofern dem fehlbaren Funktionär ein Verschulden nachgewiesen werden kann (H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 99), vgl. z.B.: BGE 96 (1970) II 344.

97 Der Vollständigkeit halber ist das VG des Bundes zu erwähnen, das auch hier einzuordnen ist. - Zudem sind nach abgeschlossener Revision auch die Verantwortlichkeitsbestimmungen der Kte. VS, ZG, TG, und AG der originären-verschuldensunabhängigen Staatshaftungsform zuzuordnen. Ebenso sieht KV 57 des neu zu bildenden Kts. Jura (vgl. Wortlaut im Anhang II) die originäre-verschuldensunabhängige Staatshaftung vor.

98 Im systematischen Register zum Landbuch des Kts. OW vom 1.7.1975 wird auf S. 12 das Gesetz vom 13.11.1869 als noch geltender Erlass aufgeführt, obwohl dessen Art. 6 dem Art. 54 der KV vom 19.5.1968 widerspricht.

99 Dazu: P.LIVER, Einführungsgesetz 302f..

IV. ERGEBNIS DER HISTORISCH-DOGMATISCHEN BETRACHTUNGEN

Die in der Kompetenz der Kantone liegende Rechtsetzungshoheit bedingt im Amtshaftungsrecht einen unterschiedlichen Ausbildungsstand. Sie führt zu rechts-dogmatisch verschiedenen Lösungen. Die Schweiz leidet wie andere Bundesstaaten an der Zersplitterung ihrer Rechtsordnung. Diese bietet im Bereich der Amtshaftung ein "trauriges Bild föderalistischer Vielfalt"[100].

Die historischen Betrachtungen veranlassen zu folgenden Feststellungen:

Die Fortbildung der Amtshaftung hat infolge finanzpolitischer Erwägungen oft Rückschläge erlitten. Auch weiterhin ist mit fiskalischen Einwänden gegen die Einführung der originären Staatshaftung zu rechnen. In der Doktrin herrscht heute jedoch die Auffassung vor, dass die noch im letzten Jahrhundert verbreitete Ansicht, wonach der in amtlicher Eigenschaft schädigende Amtswalter contra mandatum handle und deshalb allein und persönlich verantwortlich sei, mit r e c h t s s t a a t l i c h e m Gedankengut nicht vereinbar ist[101]. Zwar kennen der Bund[102] und vereinzelt auch einige Kantone[103] Verfassungsbestimmungen, welche lediglich die persönliche Beamtenhaftung vorsehen. Diese Rechtsgrundlagen werden jedoch als ausreichend an-

---

100 M.REHBINDER, Festschrift 406.
101 Z.GIACOMETTI, Allg. Lehren 521f.; P.GRAFF 471a; A.GRISEL 417; U.GUENG, Entschädigungspflicht 4; P.U.ROSENSTOCK V; SCHLUSSBERICHT 171.
102 BV 117.
103 Z.B.: KV SH (vom 24.3.1876), Art. 30; KV SG (vom 16.11.1890), Art. 108; KV ZG (vom 31.1.1894), § 19.

gesehen, um darauf auch die originäre Staatshaftung abzustützen[104/105]. Im Hinblick auf die ständig zunehmende Verflech-

---

104 A.M. hinsichtlich BV 117: vgl. den Rückweisungsantrag von NR BOESCH, in: StenBull. NR 67 (1957) 812. Der Abgeordnete begründete seinen Antrag mit dem Argument, BV 117 stelle für die Einführung der originären-verschuldensunabhängigen Staatshaftung eine ungenügende Verfassungsgrundlage dar. Der Rückweisungsantrag wurde vom NR abgewiesen, vgl. StenBull. NR 67 (1957) 815.

105 Das Problem der Verfassungsmässigkeit stellt sich nicht so sehr im Zusammenhang mit der Frage, ob BV 117 eine ausreichende Rechtsgrundlage für die Einführung der originären-verschuldensunabhängigen Staatshaftung darstelle als vielmehr durch den Umstand, dass gemäss Art. 3 Abs. 3 des VG des Bundes ("Gegenüber dem Fehlbaren steht dem Geschädigten kein Anspruch zu", vgl. in diesem Zusammenhang auch Art. 11 Abs. 2 des VG des Bundes und dazu aus der Judikatur BGE 102 (1976) Ib 319) ausschliesslich der Bund belangt werden kann. Diese Bestimmung führt i. V.m. der Subsidiaritätsklausel von Art. 3 Abs. 2 des VG des Bundes ("Bei Tatbeständen, welche unter die Haftpflichtbestimmungen anderer Erlasse fallen, richtet sich die Haftung des Bundes nach jenen besonderen Bestimmungen.") dazu, dass dort, wo im positiven Recht die Haftung für schädigende Amtspflichtverletzungen ausgeschlossen wird (vgl. z.B. TVG 35 und dazu aus der Judikatur BGE 95 (1969) I 283ff.), der Geschädigte trotz der Bestimmung von BV 117 ("Die Beamten der Eidgenossenschaft sind für ihre Geschäftsführung verantwortlich. Ein Bundesgesetz wird diese Verantwortlichkeit näher bestimmen.") vom fehlbaren Beamten keinen Schadenersatz fordern kann. Darin liegt m.E. eine Verfassungswidrigkeit, die sich kaum mit der Feststellung abtun lässt: "Damals hätte sie vom fehlbaren Beamten Schadenersatz fordern können. Nach Art. 3 Abs. 3 VG ist das nunmehr ausgeschlossen. Dies zu ändern, kann nicht die Aufgabe des Richters sein" (BGE 95 (1969) I 288f.). - Aehnlich M.KUHN 92 insbes. FN 1f.; B.MUELLER 362. Vgl. auch Th.FLEINER, Grundzüge 325f.. - Zu erwähnen ist, dass auch in anderen Ländern die Staatshaftung für Schädigungen durch die Post ausgeschlossen bleibt (vgl. z.B. für Italien K.OELLERS-FRAHM 80). Doch bestehen auch Strömungen, diese Haftungslücke zu beheben, vgl. zum Revisionsentwurf der Staatshaftung in der BRD H.-J.VOGEL 34 insbes. FN 53: "Die Staatshaftung greift schliesslich auch auf die Haftung der Deutschen Bundespost durch. Die Privilegierung dieses bedeutenden Rechtsträgers öffentlicher Gewalt kann so, wie sie im Postgesetz vorgesehen ist, nicht bestehen bleiben. Die Berichtigung der Sonderstellung ist im Grundsatz auch weiterhin anzuerkennen. ... Das Ausmass der Sonderregelung bedarf jedoch im Hinblick auf die Gewährleistungsgarantie des neu zu fassenden Art. 34 des Grundgesetzes sehr kritischer Ueberprüfung." - Vgl. zu den Revisionsbestrebungen hinsichtlich TVG 35: BERICHT 29.

tung von staatlichem und individuellem Tätigkeitsbereich tendieren m.E. neuere Bestrebungen zu recht dahin, selbst die originäre-verschuldensabhängige Staatshaftung als überholt zu betrachten. Der Trend, die Staatshaftung vom Verschuldenserfordernis zu lösen und als Kausalhaftung auszugestalten, ist denn auch seit Einführung der originären-verschuldensunabhängigen Staatshaftung im Bunde auf kantonaler Ebene feststellbar.

HAFTUNGSMODELLE DER AMTSHAFTUNG UND DEREN ANSPRUCHSINSTITUTE

Der historisch-dogmatische Ueberblick hat auf die beiden Haftungsmodelle der Amtshaftung, nämlich auf die Staats- und Beamtenhaftung sowie deren Anspruchsinstitute hingewiesen. Die einzelnen Haftungsformen sollen im folgenden kurz dargestellt werden [1].

I. DAS HAFTUNGSMODELL DER BEAMTENHAFTUNG

Die Beamtenhaftung ist die persönliche, vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des in amtlicher Eigenschaft anlässlich der Erfüllung hoheitlicher [2] Aufgaben schuldhaft und widerrechtlich schädigenden Beamten [3].

Der Beamte kann bei Ausübung amtlicher Verrichtungen den Arbeitgeber wie Dritte [4] schädigen. Der Umstand, wer den schädigenden Funktionär für sein Verhalten verantwortlich machen und auf dem Prozessweg belangen kann, entscheidet darüber, ob die Haftung des Beamten als e x t e r n e oder i n t e r n e erscheint.

---

1 Die Kommentierung erfolgt in Anlehnung an die Bemerkungen von H.R. SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 18ff.; ders., Schäden aus Tumulten und Terrorakten 231ff.. Vom dogmatischen Standpunkt aus gesehen, weicht sie im einzelnen jedoch von den Ausführungen H.R.SCHWARZENBACHs ab.

2 Zur Terminologie vorn § 1 II. 3..

3 Zum Begriff des Beamten hinten § 8 II..

4 Zum Begriff des geschädigten Dritten hinten § 9 II..

1. DIE EXTERNE BEAMTENHAFTUNG

Die externe Beamtenhaftung ist die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des fehlbaren Beamten im Aussenverhältnis, d.h. in der Beziehung gegenüber dem geschädigten Dritten. Sie tritt in dreifacher Ausgestaltung auf. Gemeinsam ist den drei Formen, dass der geschädigte Dritte den schadenstiftenden Funktionär stets persönlich und direkt belangen kann. Immer bleibt der schädigende Beamte Haftungssubjekt.

1.1 Die ausschliessliche Haftung des Beamten

Der geschädigte Dritte kann den Anspruch auf Ersatz seines Schadens allein beim fehlbaren Beamten geltend machen. Den Staat selbst trifft weder hinter (subsidiär) oder neben (solidarisch) noch an dessen Stelle (primär) eine Ersatzpflicht.

1.2 Die primäre Haftung des Beamten neben der subsidiären Staatshaftung

Vermag der fehlbare Beamte den Schaden nicht oder nur teilweise zu ersetzen, bleibt bei dieser Art der Beamtenhaftung dem Geschädigten die Möglichkeit, sich bei Zahlungsunfähigkeit des Amtswalters für den Ausfall an das Gemeinwesen zu wenden. Die öffentliche Hand ist - ähnlich einem Bürgen[5/6] im Zivilrecht - verpflichtet, den Geschädigten im Ausmass der vom verantwortlichen Beamten geschuldeten, aber nicht erbrachten Schadenleistung zu befriedigen.

---

5 Gl.M.: C.D.BEZZOLA 29; O.K.KAUFMANN, Verantwortlichkeit der Beamten 299a; H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 20; W.ZEHNTNER 50.

6 Vgl. zur Bürgschaft im Zivilrecht: OR 492ff., speziell zur einfachen Bürgschaft: OR 495, dazu B.von BUEREN, OR BT 290f.; GUHL/MERZ/KUMMER 495.

1.3 Die solidare[7] Haftung des Beamten und des Staates

Der Geschädigte kann seinen Ersatzanspruch nach Belieben entweder beim Gemeinwesen oder beim schadenstiftenden Amtswalter erheben. Haftungssubjekt bleibt wie bei der ausschliesslichen und primären Haftung des Beamten der fehlbare Funktionär. Dem Staat kommen - zivilrechtlich gesehen[8] - Rechte und Pflichten eines Solidarbürgen[9] zu. Im Umfang seiner erbrachten Leistungen kann der Staat auf den haftpflichtigen Beamten regressieren.

2. DIE INTERNE BEAMTENHAFTUNG

Die interne Beamtenhaftung ist die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Beamten im Innenverhältnis, d.h. im Verhältnis zwischen dem fehlbaren Funktionär und dem Gemeinwesen, mit welchem er in einem Dienstverhältnis steht. Sie tritt in zweifacher Ausgestaltung auf, nämlich in Form der d i r e k t e n und der i n d i r e k t e n Haftung des Beamten. Beide Anspruchsinstitute haben gemeinsam, dass nicht der geschädigte Dritte, sondern die öffentliche Hand den Beamten vermögensrechtlich zur Verantwortung zieht.

Die Person des geschädigten Dritten fällt bei der internen Beamtenhaftung deshalb nicht oder zumindest nicht unmittelbar in Betracht:

---

7 Für den Ausdruck "solidare Beamtenhaftung/Staatshaftung" wird in der Literatur auch der Begriff "solidarische Beamtenhaftung/Staatshaftung" verwendet: z.B. Z.GIACOMETTI, Allg. Lehren 523; M.REHBINDER, Gutachten 10; O.K.KAUFMANN, Verantwortlichkeit der Beamten 300a.

8 Gl.M.: H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 20; W.ZEHNTNER 62.

9 Vgl. zur Solidarbürgschaft im Zivilrecht OR 496, dazu: B.von BUEREN, OR BT 291; GUHL/MERZ/KUMMER 496ff..

- weil es keinen geschädigten Dritten gibt. Der Beamte schädigt allein die Anstellungskörperschaft[10] . Als Beispiel ist etwa der Verlust von im Eigentum des Staates stehendem Ausrüstungsmaterial[11] zu erwähnen. Es handelt sich dabei um einen Tatbestand der internen Haftung des Beamten für direkte Schädigung des Gemeinwesens.

- weil es zwar einen geschädigten Dritten gibt, der aber, obwohl er den schadenstiftenden Funktionär direkt belangen könnte, sich den Schaden vom Gemeinwesen ersetzen lässt. Die öffentliche Hand greift dann ihrerseits mittels Regress auf den Fehlbaren zurück. Es handelt sich dabei um einen Tatbestand der internen Haftung des Beamten für indirekte Schädigung des Gemeinwesens im Falle der solidaren Verantwortlichkeit von Staat und Beamten.

- weil es zwar einen geschädigten Dritten gibt, der aber infolge der Zahlungsunfähigkeit des fehlbaren Beamten für den Ausfall das Gemeinwesen belangt. Ist der schädigende Amtswalter wieder zahlungsfähig, kann die öffentliche Hand im Umfang der von ihr erbrachten Leistungen auf den Fehlbaren regressieren. Dieser Tatbestand trifft auf die interne Beamtenhaftung für indirekte Schädigung des Gemeinwesens im Falle der primären Haftung des Beamten in Verbindung mit der subsidiären Staatshaftung zu.

- weil der geschädigte Dritte den schadenstiftenden Funktionär gar nicht ins Recht fassen kann, da ihm dem fehlbaren Beamten gegenüber kein Klagerecht zusteht. Der in seinen Rechten Verletzte kann nur das Gemeinwesen belangen. Dieser Tatbestand kommt bei der internen Beamtenhaftung für indirekte Schädigung des Gemeinwesens im Falle von Staatshaftungsformen mit ausschliesslicher Verantwortlichkeit des Gemeinwesens[12] vor.

---

10 Vgl. zur Anstellungstheorie, welche in einzelnen Fällen durch die Anvertrauenstheorie modifiziert wird, hinten § 8 FN 36.

11 Z.B. Schadenfall EMD vom 14.5.1976, Akten-Nr. 2006.117/76.

12 Zur ausschliesslichen Staatshaftung zählen nach Auffassung dieser Arbeit die Institute der primären und originären Staatshaftung. - Vgl. zur Terminologie hinten § 6 II. 1.2.

Ob der Beamte dem Gemeinwesen direkt oder indirekt Schaden zufügt, entscheidet sich danach, ob der Funktionär primär den Staat (= i n d i r e k t) oder primär eine Drittperson (d i r e k t) rechtswidrig schädigt, die dann ihrerseits das Gemeinwesen belangt.

2.1 Die Haftung des Beamten gegenüber dem Staat für direkte Schädigung

Unter dieses Anspruchsinstitut ist der Tatbestand zu subsumieren, in welchem der fehlbare Beamte unmittelbar (direkt) seinen Arbeitgeber (= die Anstellungskörperschaft) schädigt[13]. Drittpersonen werden bei solchen Schadenereignissen nicht in ihren Rechten beeinträchtigt. Für die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Amtswalters seiner Anstellungskörperschaft gegenüber ist es gleichgültig, ob der Fehlbare in Erfüllung hoheitlicher oder gewerblicher Aufgaben rechtswidrig Schaden verursacht. Wesentlich ist, dass er in amtlicher Eigenschaft[14] schädigt.

2.2 Die Haftung des Beamten gegenüber dem Staat für indirekte Schädigung

Ersetzt der Staat dem geschädigten Dritten den Schaden, den einer seiner Beamten in amtlicher Eigenschaft an-

---

13 Z.B.: BGE 88 (1962) II 439ff.; BGE 89 (1963) I 414ff.; BGE 102 (1976) Ib 103ff..

14 Zur Terminologie vorn § 1 II. 3..

lässlich der Erfüllung hoheitlicher oder gewerblicher[15] Verrichtungen rechtswidrig verursacht hat, ganz oder teilweise[16], so ist das Gemeinwesen selbst mittelbar (indirekt) geschädigt. Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Beamten verschiebt sich vom Aussen- (Beziehung zwischen Beamten und geschädigtem Dritten) ins Innenverhältnis (Beziehung zwischen Staat und Beamten). Die Haftung des Beamten verlagert sich deshalb ins Innenverhältnis, weil im Aussenverhältnis das Gemeinwesen den Geschädigten ganz oder z.T. befriedigt hat. Die öffentliche Hand erlangt in einem solchen Fall durch die Befriedigung des geschädigten Dritten die Möglichkeit, auf den fehlbaren Amtswalter Rückgriff zu nehmen. Dabei ist zwischen originärem und abgeleitetem Regress zu unterscheiden. Bei der Haftung des Beamten für indirekte Schädigung des Gemeinwesens im Falle von k o m p l e m e n t ä r e n Staatshaftungsformen[17] (= subsidiäre und solidarische) wird der Amtswalter kraft Subrogation[18], d.h. mittels abgeleitetem Regress vermögensrechtlich verantwortlich. Der Regressierende

---

15 Bei der Beamtenhaftung für indirekte (wie auch für direkte) Schädigung des Gemeinwesens spielt die Unterscheidung zwischen hoheitlichen und gewerblichen Verrichtungen keine Rolle; denn für die Beziehung zwischen dem Staat und dem Beamten ist gleichgültig, weshalb das Gemeinwesen Dritten für die Fehlleistungen der Beamten ersatzpflichtig wird. Der Umstand, ob das Gemeinwesen für hoheitliche oder gewerbliche Fehlverhalten seiner Funktionäre ersatzpflichtig wird, berührt die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Beamten gegenüber dem Staat (das öffentlich-rechtliche Innenverhältnis) daher nicht. Gl.M.: R.HOTZ 26; P.PORTMANN 122, 124; vgl. vorn § 1 FN 15.

16 Z.B. im Fall der subsidiären Staatshaftung.

17 Zur Terminologie hinten § 6 II. 1.2.

18 Zum Regress kraft Subrogation z.B.: K.OFTINGER I 340, 348ff. v.a. 353 insbes. FN 99; im Zusammenhang mit der Schadenversicherung 378ff. insbes. FN 9; im Zusammenhang mit dem KUVG 404ff..

(Staat) macht gegen den Regressschuldner (Beamter) die auf ihn übergegangenen Rechte [19] des befriedigten Geschädigten geltend. Die Subrogation setzt also gegenüber dem Geschädigten eine Ersatzpflicht sowohl des Staates wie auch des Beamten voraus. Diese Voraussetzung trifft bei den a u s s c h l i e s s l i c h e n Staatshaftungsformen (primäre und originäre) nicht zu, da der Geschädigte gegenüber dem fehlbaren Beamten kein Klagerecht hat. Deshalb kann der zahlende Staat nicht subrogieren. Er greift aus eigenem Recht auf den Amtswalter. Es steht ihm kraft besonderer Norm ein originärer Regress zu [20].

Unabhängig davon, ob abgeleiteter oder originärer Regress vorliegt, können die Anspruchsvoraussetzungen der Staatshaftung (Beziehung zwischen Staat und Geschädigtem) und diejenigen der Haftung des Beamten im Innenverhältnis (Beziehung zwischen Staat und fehlbarem Beamten) verschieden sein [21]. Wie bereits erwähnt [22] wurde, kann die Staatshaftung als Verschuldenshaftung (derivative Staatshaftungsformen und originäre-verschuldensabhängige Staatshaftung) wie auch als Kausalhaftung (originäre-verschuldensunabhängige Staatshaftung) ausgestaltet sein. Die Beamtenhaftung dagegen erscheint immer als Verschuldenshaftung [23], wobei der schadenstiftende

---

19 Die Bemerkungen nach FN 20 vorbehalten.

20 Für den hier verwendeten Begriff des "originären Regresses" braucht H. R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 21, den Ausdruck, "selbständiger Anspruch des Staates". Hinweise zur Unterscheidung zwischen abgeleitetem und originärem Regress auch bei K.OFTINGER I 3. A. 337 FN 7; ders., I 406 FN 138.

21 Vgl neben den Bemerkungen nach dieser FN z.B.: VG BE 41 Abs. 2; VG AG 6; VG GR 6, 16; VG LU 37.

22 Vorn § 5 III..

23 Ausgenommen die Haftung des schädigenden Beamten trotz fehlender Urteilsfähigkeit, vgl. z.B. VG GR 6.

Funktionär im Falle der originären Staatshaftung nach allen Verantwortlichkeitsgesetzen nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit[24] verantwortlich ist.

II. DAS HAFTUNGSMODELL DER STAATSHAFTUNG

1. GRUNDSÄTZLICHES

Die Staatshaftung ist die Pflicht der öffentlichen Hand, Dritten den durch hoheitliche Verrichtungen widerrechtlich entstandenen Schaden zu ersetzen. Als Haftungsmodell der Amtshaftung wird die Staatshaftung in zahlreiche Anspruchsinstitute unterteilt. Bevor die einzelnen Institute skizziert werden, ist vorab zu zwei Fragen Stellung zu nehmen.

1.1 Zur Frage der Rechtspersönlichkeit des Staates (Bund, Kanton, Kreis, Gemeinde) im hoheitlichen Bereich

Auf die Frage, ob dem Staat i.S.v. Bund, Kanton, Kreis, Gemeinde als Träger hoheitlicher Gewalt gleich wie als Privatrechtssubjekt (Fiskus)[25] juristische Persönlichkeit zukommt oder nicht[26], wird hier nicht eingegangen. Die Rechtspersönlichkeit des Staates wird im hoheitlichen Bereich als gegeben vorausgesetzt. Diese Annahme ist einmal deshalb gerechtfertigt, weil die kantonalen Amtshaftungserlasse eine solche Qualifikation vorneh-

---

24 Zu den Schuldformen hinten § 7 III..
25 Zur Fiskustheorie vorn § 5 FN 38.
26 P.PORTMANN 110ff., spricht dem Staat im hoheitlichen Bereich die juristische Persönlichkeit ab. - Vgl. zum Begriff der jur. Person vorn § 5 FN 63.

men[27]. Zum anderen spricht auch Art. 59 Abs. 1 ZGB [28] von "Körperschaften"[29/30].

1.2 Zur Terminologie im Staatshaftungsrecht

Die Terminologie im Schrifttum zum Staatshaftungsrecht ist uneinheitlich, ungenau und oft verwirrlich. Das gilt vor allem für die Begriffe "ausschliesslich", "exklusiv", "direkt", "unmittelbar", "originär" und "primär". Einzelne Autoren[31] brauchen diese Ausdrücke als Synonyme. Andere Verfasser[32] unterscheiden und kennzeichnen damit bestimmte Anspruchsinstitute.

---

27 Z.B.: HG ZH 1 Abs. 1, dazu H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 116 Nr. 1; VG GR 1; BOTSCHAFT TG 13; R.HOTZ 34; E.ZUEST 97ff.; W. ZEHNTNER 108 insbes. FN 164: "Auch nach schweizerischer Auffassung ist der Staat Rechtssubjekt".

28 Dazu vorn § 5 II. 2.3.

29 W.ZEHNTNER 107ff. hat den Versuch unternommen, zwischen haftungsrechtlichen Fragen und der Problematik der Rechtspersönlichkeit des Staates eine Verbindung herzustellen. Vgl. dazu auch: C.D.BEZZOLA 58; P.GRAFF 455 aff..

30 Es sei lediglich auf einige Autoren verwiesen, welche sich mit der Kontroverse der Rechtspersönlichkeit des Staates im hoheitlichen Bereich befassen: W.BURCKHARDT, Organisation der Rechtsgemeinschaft 395; H.DUELP 521 FN 90; Z.GIACOMETTI, Staatsrecht 14; U.HAEFELIN 3; K.O.NICKUSCH 216; W.ZEHNTNER 108 insbes. FN 164.

31 Z.B.: C.D.BEZZOLA 9 (primär, ausschliesslich); BOTSCHAFT TG 8f. (primär, originär, ausschliesslich); U.GUENG, Entwicklungstendenzen 361 (ausschliesslich, originär); B.MUELLER 342f. (direkt, ausschliesslich, primär); K.OFTINGER II/1 118 i.V.m. 128 (primär, direkt, generell, ausschliesslich); M.REHBINDER, Gutachten 10 i.V.m. 15 und 18 (ausschliesslich, primär, originär); H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 18 i.V.m. 77 (originär, primär).

32 Z.B. C.D.BEZZOLA 9 i.V.m. 57 unterscheidet zwischen primärer (S. 9) und originärer (S. 57) Staatshaftung, wobei die originäre Form eine Unterabteilung der primären Form darstellt; A.GRISEL 420 und O.K.KAUFMANN, Verantwortlichkeit der Beamten 304a; ders., Haftung der Kantone 565, verwenden für den hier als "originäre Staatshaftung" gebrauchten Ausdruck den Begriff "exklusive oder ausschliessliche Staatshaftung". Die gleiche Terminologie wie A.GRISEL und O.K.KAUFMANN hat M.REHBINDER, Festschrift 407; ungenau D.WEBER 107. Vgl. auch die Einteilung der Staatshaftung bei W.ZEHNTNER 49ff. und im Anhang.

Um etwas Ordnung in den wenig differenzierten Sprachgebrauch zu bringen, werden in dieser Arbeit die einzelnen Begriffe nach folgenden Gesichtspunkten verwendet:

Nach dogmatischen Kriterien wird die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Gemeinwesens in die subsidiäre, solidarische/solidare, primäre und originäre/unmittelbare/direkte Staatshaftung eingeteilt. Nach verfahrensrechtlichen Merkmalen wird zwischen ausschliesslichen/exklusiven und komplementären Haftungsformen unterschieden. Für die Gliederung nach dogmatischen Gesichtspunkten ist der Umstand ausschlaggebend, in welchem Verhältnis die Staatshaftung und die Beamtenhaftung zueinander stehen: Stellt die externe Beamtenhaftung eine rechtliche[33)] Voraussetzung der Staatshaftung dar, so werden Institute mit solcher Eigenschaft mit "derivativ" (abgeleitet, indirekt, mittelbar) umschrieben. Zu den derivativen Haftungsformen zählen die subsidiäre, solidarische und primäre Staatshaftung. Ihnen ist gemein, dass die öffentliche Hand kraft Uebernahme der externen Beamtenhaftung vermögensrechtlich verantwortlich wird. Die originäre Staatshaftung dagegen verkörpert die Verantwortlichkeit für Staatsunrecht. Das Gemeinwesen hat unmittelbar für durch hoheitliche Verrichtungen entstandenen Schaden einzustehen, ohne dass zuerst abgeklärt wird, ob allenfalls die rechtlichen Voraussetzungen für die Haftbarmachung des fehlbaren Beamten gegeben sind. Dazu zählen die originäre-verschuldensabhängige und die originäre-verschuldensunabhängige Haftungsform.

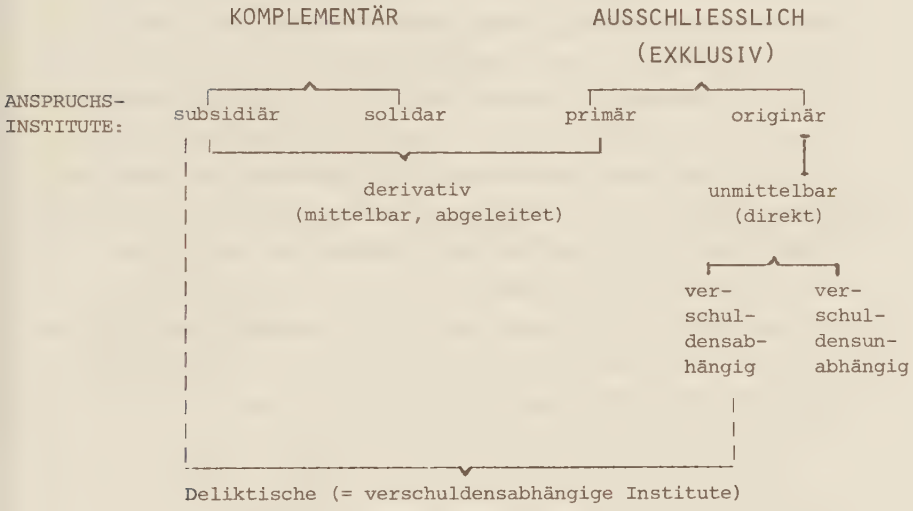
---

33 Was bei der subsidiären, solidaren und primären Staatshaftung zutrifft.

Nach der verfahrensrechtlichen Betrachtungsweise ist auseinanderzuhalten, ob der geschädigte Dritte hinter oder neben dem fehlbaren Amtswalter auch den Staat belangen kann, was für die solidare und subsidiäre Staatshaftung, die sog. komplementären Institute, zutrifft oder ob der in seinen Rechten Verletzte ausschliesslich das Gemeinwesen einklagen kann, was bei der primären und originären Staatshaftung, den sog. ausschliesslichen oder exklusiven Haftungsformen, der Fall ist. Bei den derart konstituierten Anspruchsinstituten hat der Dritte gegenüber dem schädigenden Funktionär kein Klagerecht.

1.3 Uebersicht

Zusammenstellung der Anspruchsinstitute der STAATSHAFTUNG (Wie sie in dieser Arbeit begrifflich verwendet werden)



In dieser Arbeit wird die Staatshaftung demnach in folgende Anspruchsinstitute unterteilt:

- die subsidiäre
- die solidare
- die primäre
- die originäre

} Staatshaftung

2. DIE ANSPRUCHSINSTITUTE DER STAATSHAFTUNG

2.1 Die subsidiäre Staatshaftung

Die subsidiäre Staatshaftung ist durch zwei Merkmale gekennzeichnet: AKZESSORIETÄT und SUBSIDIARITÄT. Die Haftung des Beamten ist eine rechtliche Voraussetzung für die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Staates: Ohne Beamtenhaftung keine Staatshaftung. Die Ersatzpflicht des Gemeinwesens ist derivativ. Sie leitet sich aus der externen Beamtenhaftung ab. Die öffentliche Hand wird nur unter jenen Voraussetzungen ersatzpflichtig, unter denen auch der Beamte geschädigten Drittpersonen gegenüber persönlich haftet (Merkmal der Akzessorietät). Dazu kommt, dass der geschädigte Dritte zuerst den schadenstiftenden Funktionär ins Recht fassen muss. Der Staat kann erst belangt werden, wenn feststeht, dass der fragliche Beamte zahlungsunfähig ist oder, dass er den Schaden nur teilweise zu ersetzen vermag (Merkmal der Subsidiarität)[34].

2.2 Die solidare (solidarische) Staatshaftung[35]

Die solidare Staatshaftung ist in Verbindung mit der solidaren Beamtenhaftung zu betrachten[36]. Wie für alle derivativen Staatshaftungsformen ist auch für die solidarische Haftung des Staates das Merkmal der AKZESSORIETÄT charakteristisch[37]: Ohne externe Beamtenhaftung

---

34 C.D.BEZZOLA 9; O.K.KAUFMANN, Verantwortlichkeit der Beamten 299a; M. REHBINDER, Festschrift 406; H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 20; W.ZEHNTNER 50.

35 W.ZEHNTNER 61f., bezeichnet die solidare Staatshaftung als "direkte, akzessorische" Haftungsform.

36 Vgl. vorn § 6 I. 1.3.

37 C.D.BEZZOLA 9; H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 20; W. ZEHNTNER 62 und 84.

besteht keine Staatshaftung. Der Ersatzanspruch gegen den Staat ist von der persönlichen Haftung des Amtswalters gegenüber dem Geschädigten abhängig. Haftpflichtsubjekt bleibt der schädigende Funktionär. Das Gemeinwesen ist bloss neben dem Beamten, an dessen Stelle, zu Schadenersatzleistungen verpflichtet. Die Vorausklage gegen den verantwortlichen Bediensteten ist beim Tatbestand der solidaren Staatshaftung keine spezielle Voraussetzung der Haftbarmachung. Das Merkmal der Subsidiarität entfällt. Der geschädigte Dritte kann wählen, ob er entweder den Beamten oder das Gemeinwesen belangen will. Entschliesst er sich, gegen den Funktionär persönlich vorzugehen [38] und ergibt das eingeleitete Verfahren, dass der Schadenstifter den Schaden nicht oder nur ungenügend zu ersetzen vermag, stellt sich die Frage, ob der Geschädigte sich nachträglich für den vermögensrechtlichen Ausfall an das Gemeinwesen wenden kann. Anders formuliert lautet die Frage: Ist in einem solchen Fall der solidarischen Staatshaftung die subsidiäre Verantwortlichkeit des Gemeinwesens immanent? [39]

Werner ZEHNTNER [40] ist der Ansicht, falls das Gesetz zu dieser Frage schweige, sei eher anzunehmen, dem Geschädigten stehe nur die eine oder die andere Klagemöglich-

---

38 Der Geschädigte will z.B., um persönliche Satisfaktion zu erlangen, die Verurteilung des betreffenden Beamten erreichen.

39 Eine solidare Staatshaftung kombiniert mit der subsidiären Haftung des Gemeinwesens sieht die geltende Amtshaftungsgesetzgebung des Kts. BE vor, vgl. VG BE 38 Abs. 3: "Wird der Schaden, für den ein Beamter verantwortlich erklärt worden ist, nicht gedeckt, so haftet der Staat für den Ausfall". Abs. 4: "Dritten gegenüber steht ausserdem der Staat unmittelbar für die Ansprüche ein, welche sich aus der Verantwortlichkeit seiner Beamten ergeben (Art. 15 der Staatsverfassung)".

40 W.ZEHNTNER 64.

keit zu. Der Geschädigte müsse sich vorgängig entscheiden. André GRISEL[41] dagegen vertritt die Auffassung, dass auch bei der solidaren Staatshaftung der in seinen Rechten Verletzte keinen Schaden an der Zahlungsunfähigkeit des fehlbaren Beamten nehmen soll, ansonst die Zielsetzung der solidarischen Haftung der öffentlichen Hand, also die Besserstellung des Geschädigten gegenüber seiner Position bei der subsidiären Staatshaftung, unberücksichtigt bleibe. Diese Auffassung verlangt Zustimmung[42].

2.3 Die primäre Staatshaftung

Die primäre Staatshaftung ist ein Anspruchsinstitut kraft Uebernahme der externen Eigenverbindlichkeit des Beamten. Der in seinen Rechten Verletzte hat gegenüber dem fehlbaren Beamten kein Klagerecht. Dogmatisch betrachtet, gehört die primäre Staatshaftung zu den derivativen Staatshaftungsformen, weil sie die auf den Staat übergeleitete externe, vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Beamten darstellt. Uebernommen wird eine f r e m d e Obliegenheit, nämlich die individuelle Haftpflicht des fehlbaren Beamten gegenüber der durch ihn geschädigten Drittperson. Zurechnungssubjekt des schädigenden Verhaltens ist der fehlbare Beamte und nicht wie bei der originären Staatshaftung das Gemeinwesen. Die primäre Staatshaftung beruht auf dem Grundsatz

---

41 A.GRISEL 419, vertritt diese Auffassung unter der Voraussetzung, der Anspruch sei nicht bereits verjährt oder verwirkt.

42 Der Ansicht von A.GRISEL ist auch aus entwicklungsgeschichtlichen Ueberlegungen (vorn § 5) beizupflichten. Die solidare Staatshaftung stellt gegenüber der subsidiären Verantwortlichkeit des Gemeinwesens eine weitere Stufe in der vom Gedanken, den Haftpflichtschutz für den Geschädigten zu verbessern, geleiteten Entwicklung des Amtshaftungsrechts dar. Zudem gilt für neuere Regelungen die Vermutung, sie seien besser und gerechter als ältere Lösungen.

der positivrechtlich angeordneten Schuldübernahme. Sie bildet deshalb nur ein mittelbares, abgeleitetes Anspruchsinstitut. Die vom Gemeinwesen übernommene Verbindlichkeit ist identisch mit der Forderung, welche der Geschädigte gegen den Funktionär geltend machen könnte, hätte er gegen diesen ein Klagerecht: Der Staat haftet nur unter den Voraussetzungen, unter denen auch der Beamte persönlich haften würde [43]. Im Gegensatz zu den originären Haftungsformen kann das Gemeinwesen bei der primären Staatshaftung auf den fehlbaren Amtswalter in dem Umfang Rückgriff[44] nehmen, in welchem es extern ersatzpflichtig wird.

Verfahrensrechtlich gesehen zählt die primäre Staatshaftung zur Kategorie der ausschliesslichen Verantwortlichkeit des Gemeinwesens. Der Geschädigte kann von Gesetzes wegen nicht gegen den Beamten klagen.

Eine primäre Staatshaftung haben die Kantone Aargau, Graubünden und Luzern normiert. Im Schrifttum zum schweizerischen Amtshaftungsrecht werden die Haftungserlasse dieser Kantone der originären Staatshaftung zugeordnet, sofern der Begriff der 'originären Staatshaftung' über-

---

43 Das Merkmal der Akzessorietät ist damit auch für die primäre Staatshaftung kennzeichnend. Die primäre Haftungsform unterscheidet sich denn auch - ausser der fehlenden Klagemöglichkeit des Geschädigten gegen den Beamten - kaum von der solidaren Staatshaftung. - Vgl. die Umschreibung des Merkmals der Akzessorietät durch das BGer. im BGE 54 (1928) II 208 f.: "L'Etat répond des ommissions ou négligeances de ses fonctionnaires pour les mêmes causes et dans la même mesure que ces derniers. L'action civile est, par conséquent, identique, qu'elle soit dirigée contre l'Etat ou contre les individus coupables, la personne publique prenant simplement la place de ses organes, dont elle endosse la responsabilité."

44 Das geschieht in Form des originären Regresses, vgl. vorn § 6 I. 2.2.

haupt aufgeführt wird[45/46] . Eine solche Beurteilung ist unzutreffend[47] . Sie stellt lediglich auf die Tatsache ab, dass der Geschädigte gegen den Beamten kein Klagerecht hat. Dieses Merkmal spricht nach dogmatischen Gesichtspunkten jedoch nicht für eine Qualifizierung dieser Erlasse als Institute der originären (unmittelbaren) Staatshaftung. Es bildet lediglich die Voraussetzung dazu, die primäre Staatshaftung aufgrund verfahrensrechtlicher Gesichtspunkte der a u s s c h l i e s s l i c h e n Haftungsform zuzuordnen[48] .

---

45 So z.B.: BOTSCHAFT TG 9f.; H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 95, 98; W.ZEHNTNER 90ff..

46 Den Begriff der "originären Staatshaftung" führen z.B. nicht auf: A. GRISEL 420; O.K.KAUFMANN, Verantwortlichkeit der Beamten 304a; M.REHBINDER, Festschrift 407. Bei diesen Autoren heisst das entsprechende Institut "ausschliessliche Staatshaftung", welchem denn auch das VG AG, das VG GR, das VG LU zugeteilt werden.

47 An der Zuordnung der Amtshaftungserlasse der Kte. AG, GR, LU zur primären Staatshaftung ändert auch die Tatsache nichts, dass der Richter gemäss diesen Erlassen die Möglichkeit hat, im Innenverhältnis bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen die Ersatzpflicht des Beamten zu ermässigen, vgl. VG AG 6, VG GR 16, VG LU 37.

48 W.ZEHNTNER ist gezwungen, bei der Zuordnung der Haftungserlasse der Kte. AG, GR, LU zur originären Staatshaftung gewisse Vorbehalte anzubringen, vgl. S. 93: "Infolge des Rückgriffrechtes decken sich nach bündnerischem Gesetz Beamtenverantwortlichkeit und Staatshaftung normalerweise"; S. 95 bezgl. der gemeinsamen Züge der drei Gesetze: "Grundsätzlich haftet im internen Verhältnis auch der Beamte für jedes Verschulden. Damit decken sich die interne Haftung des Beamten und die externe des Staates inhaltlich." Diese Tatsache kommentierend, fügt W.ZEHNTNER die Vermutung bei, die Uebereinstimmung sei begrifflich nicht notwendig und deshalb eher als zufällig zu betrachten. Diese Auffassung ist für die bündnerische Lösung unzutreffend (vgl. BOTSCHAFT VG/GR 30f.). - Dasselbe gilt auch für das VG LU, vgl. VG LU 35, dazu O.K.KAUFMANN, Verantwortlichkeit der Beamten 306af.: "Das Luzerner Gesetz sagt eindeutig, dass der Staat a n S t e l l e des Beamten hafte. Es liegt gleichsam eine g e s e t z l i c h e , p r i v a t e S c h u l d ü b e r n a h m e vor, ..."

2.4 Die originäre Staatshaftung

2.4.1 Die originäre Staatshaftung im rechtsdogmatischen Sinn (Organisations-, Verbandshaftung)

Die Ausgestaltung der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des Gemeinwesens in Form der originären Staatshaftung im rechtsdogmatischen Sinn stellt im Staatshaftungsrecht die Verwirklichung des Rechtsstaatsgebotes[49)] dar. Die Begründung der originären Staatshaftung als Verbandshaftung beruht auf dem Gedanken, das Gemeinwesen hafte gegenüber dem Geschädigten nicht kraft Uebernahme der Beamtenhaftung, sondern direkt als unmittelbares Zurechnungssubjekt. Demnach hat die öffentliche Hand nicht für individuelle, persönliche Pflichtwidrigkeiten, sondern grundsätzlich für das fehlerhafte Funktionieren des Staatsapparates einzustehen. Haftungsvoraussetzung ist nicht mehr allein die Amtspflichtverletzung des Amtswalters. Das Gemeinwesen wird nicht nur dann vermögensrechtlich verpflichtet, wenn allenfalls der Beamte Dritten gegenüber persönlich haften würde. Anknüpfungspunkt der Haftbarmachung ist die Rechtsverletzung durch den Hoheitsträger, das Staatsunrecht. Die öffentliche Hand wird nicht in der Eigenschaft eines Garanten für ihre Arbeitnehmer ersatzpflichtig. Sie haftet als Verband, welcher bei der Ausführung der ihm verfassungsrechtlich übertragenen Aufgaben rechtswidrig Schaden verursacht.

---

49 Vgl. hinten § 7 V. 4.1; § 7 V. 4.2.1.

Die derart konstituierte Staatshaftung hat sich von den Fesseln der Beamtenhaftung als Haftungsvoraussetzung gelöst, weil nicht mehr die Amtspflichtverletzung Grundlage der Rechtswidrigkeit ist. Die Verletzung der Dienstpflicht ist allein im Innenverhältnis, für die interne Beamtenhaftung (Verschuldenshaftung) von Bedeutung. Infolgedessen kann bei der Beurteilung der Widerrechtlichkeit auch von der Person des Geschädigten ausgegangen werden. Es ist also bei der Umschreibung des Rechtswidrigkeitsbegriffes auch auf die Rechtsverletzung abzustellen. Nicht mehr ausschliesslich Handlungsunrecht verpflichtet das Gemeinwesen zur Ersatzleistung,sondern auch der ungerechte Erfolg einer hoheitlichen Verrichtung (Erfolgsunrecht). Es sticht ins Auge, dass ein zentrales Problem der originären Staatshaftung die Definition der Rechtswidrigkeit darstellt. Sie ist abhängig von der Funktion, welche man dem Amtshaftungsrecht zuspricht[50]. Keiner Erklärung bedarf die Feststellung, dass sich mit der Idee der originären Staatshaftung ein Klagerecht des geschädigten Dritten gegen den fehlbaren Beamten nicht vereinbaren lässt. Damit ist gleichzeitig ausgesprochen, dass die originäre Staatshaftung zu den ausschliesslichen Haftungsformen zählt.

2.4.2 Die originäre Staatshaftung im positiven Recht

In ihrer positivrechtlichen Ausgestaltung erscheint die originäre Staatshaftung im schweizerischen

---

50 Dazu hinten § 7 V. 4.1. - Vgl. hierüber auch die von M.REHBINDER, Festschrift 399ff., in bezug auf das Reformvorhaben in der BRD angestellten Gedanken.

Recht nicht in der eben nach rechtsdogmatischen Gesichtspunkten beschriebenen Form. Sie erfährt im Gesetzgebungsverfahren zahlreiche Modifikationen. Darauf deutet bereits die Tatsache hin, dass die unmittelbare vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Gemeinwesens im positiven Recht in zwei Formen auftritt: als Verschuldenshaftung und als Kausalhaftung[51]. Beide Haftungsarten schliessen ein Klagerecht des Beamten gegen den Funktionär aus, und für beide Institute stellen die Merkmale der Akzessorietät und Subsidiarität[52] keine Kennzeichen mehr dar. Ferner gilt sowohl für die Erlasse mit originärem verschuldensabhängigem Haftungstypus, wie für solche mit originär-verschuldensunabhängiger Haftungsform, dass der Beamte im Innenverhältnis nur für vorsätzliche oder grobfahrlässige Schädigungen verantwortlich wird[53/54].

Die originäre-verschuldensabhängige Staatshaftung nimmt eine Zwitterstellung zwischen den derivativen Anspruchsinstituten und der originären Haftungsform im Sinne der Verbandshaftung ein. Diese Feststellung erhärtet die Tatsache, dass die

---

51 Zu den Haftungsarten hinten § 16 III..
52 Diese Merkmale kennzeichnen einzeln oder zusammen die komplementären Haftungsformen, vgl. dazu vorn § 6 II. 1.2.
53 In Form des originären Regresses, vgl. vorn § 6 I. 2.2.
54 Vgl.: VG SH 141 Abs. 3; VG SG 8 Abs. 1; VG VD 10 Abs. 1; VG des Bundes, Art. 7; VG SO 14 Abs. 1; VG BS 35 Abs. 2; HG ZH 15 Abs. 1; VG AR 263 Abs. 1; HG SZ 9; HG NW 8 Abs. 1.

deliktischen[55] Staatshaftungstypen[56] mit Blick auf die Entwicklung der Amtshaftung nur ein Uebergangsstadium zwischen der ausschliesslichen Beamtenhaftung und der originären-verschuldensunabhängigen Staatshaftung[57] darstellen[58]. Die Beschränkung der unmittelbaren Verantwortlichkeit des Gemeinwesens auf die Tatbestände mit Verschuldenshaftung ist u.a. auf die Befürchtungen zurückzuführen, die originäre-verschuldensunabhängige Staatshaftung (Kausalhaftung) belaste zu sehr den Staatshaushalt[59]. Dadurch tritt die originäre-verschuldensabhängige Staatshaftung rechtsdogmatisch gesehen in enge Beziehung mit der primären Staatshaftung und demnach auch mit der Amtshaftung, wie sie in der BRD geregelt ist.

Auch die originäre-verschuldensunabhängige Form hat sich in ihrer positivrechtlichen Ausgestaltung nicht völlig von den Haftungsvoraussetzungen der Beamtenhaftung zu lösen vermocht[60]. Diese

---

55 Der Begriff "deliktisch" wird als Synonym für "verschuldensabhängig" verwendet.

56 Zu den deliktischen Staatshaftungsinstituten vgl. vorn § 6 II. 1.3.

57 Im rechtsdogmatischen Sinn, vgl. dazu auch hinten § 7 V. 2.2.

58 Gl.M.: Z.GIACOMETTI, Allg. Lehren 524; U.GUENG, Entwicklungstendenzen 361.

59 Die Furcht vor allzu starker Belastung der Staatskasse ist eine die gesamte Entwicklung des Staatshaftungsrechts begleitende Erscheinung (vgl. auch vorn § 5 nach FN 41). - Die immer wiederkehrende Behauptung, die Umstellung von der deliktischen Staatshaftung auf die originäre-verschuldensunabhängige Staatshaftung führe zu einer nicht vertretbaren Mehrbelastung des staatlichen Finanzhaushaltes, widerlegt M.REHBINDER, Gutachten 27ff.; ders., Festschrift 410ff., mit ausführlichem Zahlenmaterial.

60 Gl.M.sind: M.KUHN 178 insbes. FN 2; M.STREICHENBERG 169 (P.U.ROSENSTOCK 42 zitierend): "Obschon das neue Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes vom 14. März 1958 die Kausalhaftung einführte ..., ist es leider von der Tradition, den Staat nur über die Zurechnung eines fremden Einzelverhaltens haften zu lassen, nicht abgekommen". Gl.M. K.OFTINGER I 18.

Tatsache beweist die Uneinigkeit der Lehre in der Frage, ob sich die Rechtswidrigkeit bei der originären-schuldlosen Staatshaftung als Handlungsunrecht (Amtspflichtverletzung) oder Erfolgsunrecht (Rechtsgutverletzung/Rechtsanspruchverletzung) qualifiziere. Wie die Diskussion [61/62] an der Schweizerischen Staats- und Verwaltungsrechtslehrertagung (1974)[63] deutlich gemacht hat, gehen die Ansichten in dieser Frage auseinander [64].

In diesem Zusammenhang ist auf eine weitere juristische Kontroverse hinzuweisen. Die Diskussion dreht sich um das Problem, ob die Staatshaftung eine Verantwortlichkeit für e i g e n e s oder f r e m d e s Verhalten (Verschulden)[65] darstellt. In Anlehnung an die Haftung der öffentlichen Hand im fiskalischen Bereich, d.h. in Analogie zur Beurteilung der Haftung der juristischen Person im Privatrecht[66] oder aus staatstheoretischen Ueberlegungen [67] bezeichnet der überwiegende Teil der

---

61 Die Staatsrechtslehrer befassten sich im speziellen mit dem Rechtswidrigkeitsbegriff aufgrund von VG des Bundes Art. 3 Abs. 1.

62 Vgl. PROTOKOLL 4ff.; vgl. auch M.REHBINDER, Festschrift 409 insbes. FN 22.

63 Vom 27.4.1974 im Kursaal in Bern.

64 Näheres zur Rechtswidrigkeit bei der originären Staatshaftung hinten § 7 V. 4.1.3.

65 Die begriffliche Unterscheidung zwischen "Verhalten" und "Verschulden" entspricht der Unterscheidung zwischen "deliktischen" und "verschuldensunabhängigen" Staatshaftungsformen.

66 Vgl. hinten § 6 II. 3.1.

67 So z.B.: P.U.ROSENSTOCK 42 insbes. auch FN 11: "Die Staatshaftung kann nur als Haftung für fremdes, niemals für eigenes Verhalten konstruiert werden, da die Gleichsetzung des deliktischen Willens des Organs mit dem Staatswillen unmöglich erscheint. Der Staat kann Unrecht tun; ein gegen ihn selbst gerichteter Vorwurf rechtswidrigen Verhaltens würde der Prämisse von seiner Souveränität widersprechen."; W.ZEHNTNER 112.

Lehre die Staatshaftung als Haftung für f r e m d e s [68] Verhalten [69].

Dazu ist folgendes zu bemerken.

3. STAATSHAFTUNG ALS VERANTWORTLICHKEIT FÜR EIGENES VERHALTEN - STAATSHAFTUNG ALS VERANTWORTLICHKEIT FÜR FREMDES VERHALTEN

Bevor auf das nicht einfache Problem eingegangen wird, ist zu fragen, ob die Unterscheidung zwischen der Staatshaftung für eigenes und einer solchen für fremdes Verhalten überhaupt von praktischer Bedeutung ist. Sie ist es, was ich am Tatbestand zu beweisen versuche, in welchem das Gemeinwesen mit mehreren Rechtssubjekten aus verschiedenem Rechtsgrund [70] haftet.

---

68 So z.B.: C.D.BEZZOLA 57f., 146f.; Z.GIACOMETTI, Allg. Lehren 523; P.GRAFF 400aff.; U.GUENG, Entschädigungspflicht 206; O.K.KAUFMANN, Verantwortlichkeit der Beamten 285a insbes. FN 172 (mit Vorbehalten), 318a FN 259; K.OFTINGER I 18, 352 (bzgl. des VG des Bundes); H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 33; M.STREICHENBERG 158; W.ZEHNTNER 88ff., 102ff.; BGE 63 (1937) II 33: "La Cour de droit public ne saurait d' ailleurs admettre une responsabilité propre de l'Etat, indépendante d'une faute d'un des ses organes. Une telle responsabilité est inconcevable. On ne peut pas penser à "une faute" de l'Etat qui ne soit pas une faute d'un des ses fonctionnaires. Une "responsabilité de l'Etat lui-même en sa qualité de personne morale de droit public", si elle a pu être défendue en doctrine, est contraire au système de droit suisse, tel qu'il resulte notamment par analogie de l'art. 55 CC ainsi que la jurisprudence constante du Tribunal fédéral (arrêts cités ci-dessus)".

69 Die Auffassung, die Staatshaftung stelle eine Haftung für eigenes Verhalten dar, vertreten z.B.: W.BURCKHARDT, Organisation der Rechtsgemeinschaft 401ff. (zumindest im Ansatz hinsichtlich der völkerrechtlichen Haftung der Staaten, vgl. S. 403 FN 15: "'Haften' wäre dann allerdings nicht die richtige Bezeichnung; denn unter Haftung versteht man gewöhnlich das Einstehen für f r e m d e Pflichtverletzung oder für Zufall"); P.R.MUELLER 260 (hinsichtlich der Regelung gemäss dem VG des Bundes, diese Beurteilung ist jedoch unzutreffend vgl. § 7 FN 152); M.REHBINDER, Gutachten 24; F.OSSENBUEHL Staatshaftungsrecht 240 (in bezug auf den Entwurf eines neuen Staatshaftungsrechts in der BRD).

70 I.S.v. OR 51; vgl. dazu nachstehend § 6 II. 3.1.

Noch eine Bemerkung ist vorauszuschicken. Der Frage, ob die Haftung des Staates ein Institut für eigenes oder fremdes Verhalten darstellt, ist immanent, dass dem Gemeinwesen auch in der Eigenschaft als Hoheitsträger die juristische Persönlichkeit[71] zukommt. Würde der öffentlichen Hand die Rechtspersönlichkeit im hoheitlichen Bereich abgesprochen, wäre es sinnlos zu fragen, ob der Staat für eigenes Verhalten einzustehen hat. Die Eigenschaft des Staates als Hoheitsträger, eine juristische Person zu sein, wird, wie bereits erwähnt wurde[72], in dieser Arbeit als conditio sine qua non betrachtet. Es ist somit müssig, sich mit jener Lehre[73] auseinanderzusetzen, welche in der Staatshaftung deshalb keine Verantwortlichkeit für eigenes Verhalten erblickt, weil das Gemeinwesen aus Souveränitätsgründen keine Rechtspersönlichkeit haben kann.

3.1 Die Beurteilung der Staatshaftung in Analogie zur Haftung der juristischen Person des Privatrechts

Es wird an dieser Stelle nicht geprüft, welche Theorie über die Entstehung juristischer Personen der Haftungsordnung des ZGB Pate gestanden hat[74]. Jedoch ist festzuhalten, dass bei der Haftung von juristischen Personen zwischen der Ersatzpflicht ihrer Organe (ZGB 55 Abs. 2) und derjenigen ihrer Hilfspersonen (OR 55)[75] unterschieden wird. Beide Haftungstatbestände bilden

---

71 Zum Begriff "juristische Person" vorn § 5 FN 63.
72 Vorn § 6 II. 1.1.
73 Vorn § 6 bei FN 67.
74 Vgl. zu den Theorien: A.EGGER Art. 52 Nr. 1ff.; TUOR/SCHNYDER 106ff..
75 Vgl. zur Unterscheidung zwischen "Organ" und "Hilfsperson": A.KELLER 89ff.; K.OFTINGER II/1 103ff.; P.PORTMANN 90ff..

nach Auffassung der Lehre[76/77] Verantwortlichkeit für fremdes Verhalten. Sie stellen demnach Kausalhaftungen[78] dar, weil - so wird nach phänomenologischen[79] Gesichtspunkten argumentiert - sich die juristische Person, um handlungsfähig zu sein, natürlicher Personen bedienen muss. Diese sind mit der Rechtsperson nicht identisch[80].

---

76 Bzgl. OR 55: A.KELLER 117f.; K.OFTINGER I 18; P.PORTMANN 60. Bzgl. ZGB 55 Abs. 2: C.D.BEZZOLA 147; DESCHENAUX/TERCIER 96f.: "On pourrait dire que la personne morale répond du fait d'autrui"; K.OFTINGER I 3.A.14; ders., II/1 108 insbes. FN 55: "Da Organ und juristische Person desungeachtet nicht identisch sind, kann man die Haftung nach ZGB 55 II und den zitierten, davon abgeleiteten Vorschriften des Handelsrechts als Kausalhaftungen bezeichnen"; die bei P.PORTMANN 38 FN 2 zit. Autoren.

77 P.PORTMANN 38, und neuerdings nun auch K.OFTINGER I 19 insbes. FN 55 ("Dass hier für einen Andern eingestanden wird, trifft indes nur phänomenologisch zu (Organ und juristische Person sind an und für sich verschiedene Rechtssubjekte), dogmatisch dagegen - und dies allein zählt - nicht, weil das Organ Teil der juristischen Person und sein Verhalten folglich nicht ein fremdes ist, sondern als Verhalten der juristischen Person gilt."), sehen dagegen in der Haftung gemäss ZGB 55 Abs. 2 eine Verschuldenshaftung, soweit auf eine juristische Person OR 41 anzuwenden ist. - Vgl. zur unterschiedlichen Beurteilung der rechtsdogmatischen Ausgestaltung der Haftung juristischer Personen: G.VINEY 8 insbes. FN 1: "La responsabilité des personnes morales peut être conçue selon deux schémas bien différents: il est en effet permis de la considérer soit comme un cas particulier de responsabilité du fait d'autrui, soit comme une responsabilité directe du groupe personnalisé." Auch G.VINEY stellt (S. 9 insbes. FN 1) ähnlich wie K.OFTINGER I und P.PORTMANN fest: "Or si la jurisprudence a pu paraître longtemps favorable au schéma de la responsabilité du fait d'autrui, les solutions qu'elle admet aujourd'hui semblent marquer une nette tendance vers l'admission d'une responsabilité directe de la personne morale".

78 Statt vieler: A.KELLER 89; K.OFTINGER I 17; ders., II/1 108.

79 Vgl. zum Begriff "phänomenologisch" K.OFTINGER I 19 (Zitat vorstehend § 6 FN 77).

80 A.KELLER 88; K.OFTINGER II/1 108; TUOR/SCHNYDER 110f..

Dennoch spielt die Unterscheidung zwischen Organ und Hilfsperson u.a. beim Rückgriff mehrerer Haftpflichtiger aus verschiedenem Rechtsgrund (i.S.v. OR 51) eine Rolle [81]. Während nämlich beim Regress auf eine juristische Person ihr das Verschulden der Organe als eigenes zugerechnet wird[82], gilt die Haftung des Geschäftsherrn (OR 55) für seine H i l f s p e r s o n e n auch beim Rückgriff als Kausalhaftung [83], also als Verantwortlichkeit für fremdes Verhalten.

Autoren[84], welche die Verhältnisse im Staatshaftungsrecht in Analogie zu jenen bei der Haftung juristischer Personen im Privatrecht beurteilen und zusätzlich die Bestimmung von OR 51 auch im Amtshaftungsrecht anwenden, machen jedoch beim Regress auf den aus Verschulden haftenden Staat diese Unterscheidung nicht. Das Gemeinwesen hat ihrer Ansicht nach in jedem Fall für fremdes Verhalten (Kausalhaftung) einzustehen[85]. Sie machen die Unterscheidung deshalb nicht, weil sie sie nicht machen k ö n n e n . Das gilt zumindest für die ausschliesslichen Staatshaftungsformen. Bei der Staatshaftung und der externen Beamtenhaftung wird nämlich - und das sei hier

---

81 Deshalb ist u.a. die von A.KELLER 89, zum Unterschied zwischen Organ und Hilfsperson gemachte Bemerkung ("Er spielt allerdings dort keine Rolle, wo ohnehin Haftung für Hilfsperson gegeben ist: bei allen Kausalhaftungen und bei der vertraglichen Haftung.")in dieser Form unzutreffend.

82 Statt vieler: K.OFTINGER I 349; P.PORTMANN 38; BGE 96 (1970) II 176.

83 Statt vieler: K.OFTINGER I 352; P.PORTMANN 93.

84 C.D.BEZZOLA 131 insbes. FN 6; O.K.KAUFMANN, Verantwortlichkeit der Beamten 318a FN 259; ders., Haftung des Staates 572. - Vgl. zur sinngemässen Uebertragung der Bestimmung von OR 50f. auf verwaltungsrechtliche Verhältnisse: U.GUENG, Haftungskonkurrenz 265ff.; F.GYGI, Staatshaftung und Verwaltungsrechtspflege 231 in FN 29 a.E.; BGE 101 (1975) Ib 417ff. E. 6 (vgl. zu diesem Urteil: H.HUBER, in ZBJV 113 (1977) 98).

85 K.OFTINGER I 352 (bzgl. des VG des Bundes); O.K.KAUFMANN, Haftung des Staates 572.

vorweggenommen - die Abgrenzung zwischen Organ und Hilfsperson nicht gemacht. Es gilt der sog. "funktionelle Beamtenbegriff" [86].

Damit ist dargelegt, dass der rechtsdogmatischen Gleichstellung der Staatshaftung mit der Haftung juristischer Personen des Privatrechts die Grundlage fehlt; denn "pour que l'application par analogie d'une règle qui vise un cas différent soit possible, il faut que les deux cas puissent s'identifier l'un à l'autre dans la perspective de ladite règle de droit; ..." [87]. Diese Voraussetzung ist für den Vergleich zwischen der Staatshaftung und der Haftung der juristischen Person des Privatrechts nicht gegeben. Die Frage, ob das Gemeinwesen im hoheitlichen Bereich für eigenes oder fremdes Verhalten einzustehen hat, muss demnach nach anderen Gesichtspunkten beantwortet werden.

3.2 Die Staatshaftung öffentlichrechtlich beurteilt

Wie ich am Beispiel des Rückgriffs gezeigt habe, beruht die rechtsdogmatisch analoge Behandlung der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des Gemeinwesens im hoheitlichen Bereich mit der Haftung der juristischen Person im fiskalischen Bereich deshalb auf falschen Voraussetzungen, weil es sich nicht um vergleichbare Tatbestände handelt. Zudem ist eine derartige Betrachtungsweise

---

86 Vgl. zum funktionellen Beamtenbegriff hinten § 8 II. 1..
87 BGE 96 (1970) II 363.

für die Beurteilung der Staatshaftung - und wie Karl OFTINGER [88/89] neuerdings feststellt, gilt diese Tatsache auch in bezug auf die privatrechtliche Organhaftung juristischer Personen - deshalb nicht statthaft, um nicht zu sagen unzutreffend, weil der funktionelle Beamtenbegriff gilt.

Eine Antwort auf die Frage, ob die Staatshaftung eine Verantwortlichkeit für eigenes oder fremdes Verhalten darstellt, wird hier nach anderen Gesichtspunkten gesucht. Es wird einerseits auf die in dieser Arbeit gemachte Einteilung der Staatshaftung nach verfahrensrechtlichen und dogmatischen Kriterien [90] zurückgegriffen. Andererseits wird auf die unterschiedliche Betrachtung der originären Staatshaftung hinsichtlich ihrer rechtsdogmatischen Ausgestaltung als Verbandshaftung und hinsichtlich ihrer positivrechtlichen Erscheinungsform [91] abgestellt:

Die Organhaftung gemäss ZGB 55 Abs. 2 und die Geschäftsherrenhaftung gemäss OR 55 Abs. 1 stellen solidarische Haftungstatbestände dar [92]. Sofern das schädigende Organ bzw. die fehlbare Hilfsperson ein Verschulden trifft,

---

88 K.OFTINGER I 19 (vgl. das Zitat vorn § 6 FN 77).

89 Ohne näher darauf einzutreten, möchte ich die Frage als Diskussionspunkt aufwerfen, ob die von K.OFTINGER I 19 vorgeschlagene dogmatische Betrachtungsweise zwangsläufig zur Schlussfolgerung führt, das Verhalten eines Organs einer juristischen Person sei ihr als eigenes zuzurechnen. Vgl. zur dogmatischen Betrachtungsweise im Staatshaftungsrecht die Bemerkungen nach dieser FN.

90 Vgl. vorn § 6 II. 1.2.

91 Vgl. vorn § 6 II. 2.4.

92 Statt vieler: K.OFTINGER II/1 108. - Vgl. ferner zur Bedeutung von ZGB 55 und OR 55 im Zusammenhang mit der Staatshaftung: O.K.KAUFMANN, Verantwortlichkeit der Beamten 315aff..

kann der Geschädigte das Organ bzw. die Hilfsperson solidarisch neben der juristischen Person bzw. neben dem Geschäftsherrn belangen (ZGB 55 Abs. 3 bzw. OR 55 Abs. 2). Dieser Kennzeichnung entspricht im Staatshaftungsrecht lediglich die solidare Haftungsform. Daneben werden jedoch noch die subsidiäre Staatshaftung und die ausschliesslichen Haftungsformen[93] unterschieden. Sobald die ausschliessliche Staatshaftung eingeführt ist, d.h. der Geschädigte den fehlbaren Beamten nicht mehr belangen kann, verliert die Unterscheidung zwischen Organ und Hilfsperson ihre Berechtigung. Die Abgrenzung kann nur dort von Bedeutung sein, wo sie auch zum Tragen kommt, was bei der ausschliesslichen Staatshaftung eben gerade nicht der Fall ist. Es müsste als höchst stossend empfunden werden, könnte sich das Gemeinwesen in seiner Eigenschaft als Herrschaftsverband deswegen der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit entziehen, weil es dartut, beim schädigenden Funktionär handle es sich um eine Hilfsperson, und ihm zudem der Nachweis gelänge, dass es bei der Auswahl, der Ueberwachung und der Instruktion des Fehlbaren die notwendige Sorgfalt (i.S.v. OR 55)[94] beachtet habe. Angenommen dem wäre so, dann ergäbe sich eine Situation, in welcher sich der Geschädigte für den Ersatz seines Schadens weder an das Gemeinwesen noch an den schuldhaften Beamten wenden könnte, da er den fehlbaren Beamten nicht einklagen kann. Ein solcher Zustand

---

93 Vgl. vorn § 6 II. 1.3.
94 Vgl. zum Sorgfaltsbeweis i.S.v. OR 55: A.KELLER 121ff.; K.OFTINGER II/1 149ff..

der Unverantwortlichkeit darf nicht eintreten[95]. Die öffentliche Hand muss im Falle der ausschliesslichen Verantwortlichkeit den Schaden ersetzen, ohne Rücksicht, ob es sich beim schädigenden Amtswalter um ein Organ oder eine Hilfsperson handelt. Deshalb ist die Rechtsstellung, welche der in Erfüllung hoheitlicher Aufgaben schädigende Funktionär gegenüber dem Gemeinwesen einnimmt, für die Beziehung zum Dritten unbeachtlich. Wesentlich ist vielmehr, dass der Fehlbare den Schaden in Ausübung amtlicher Verrichtungen verursacht hat.

Wird die Haftung des Staates durch die Schuldübernahme der persönlichen Haftung des fehlbaren Beamten begründet - wie das nach rechtsdogmatischen Gesichtspunkten für die subsidiäre, solidare und primäre Staatshaftung zutrifft - so haftet das Gemeinwesen zweifellos für fremdes Verhalten. Denn für die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit der öffentlichen Hand gelten ausschliesslich diejenigen Haftungsvoraussetzungen, die für die Beamtenhaftung gelten oder gelten würden, könnte der Geschädigte den Amtswalter belangen[96]. Auch für die originäre Staatshaftung im positiven Recht sind, wie die Betrachtungen vorn[97] gezeigt haben, die allgemeinen Vor-

---

95 Dieser leidige Zustand kann im geltenden Recht dennoch eintreten, nämlich beim Bund im Falle der Haftpflicht für Schäden, die anlässlich der Erfüllung gewerblicher Verrichtungen durch eine Hilfsperson angerichtet wurden. Gemäss VG des Bundes Art. 11 Abs. 2 kann der Geschädigte den fehlbaren Bundesfunktionär auch für Schädigungen, die er anlässlich gewerblicher Verrichtungen verursacht hat, nicht belangen. Mit Blick auf die Bestimmungen von BV 117 (Wortlaut zit. vorn § 5 FN 105) muss auch hier (in anderem Zusammenhang vorn § 5 FN 105) die Frage aufgeworfen werden, ob nicht ein verfassungswidriger Zustand vorliegt. Aehnlich B. MUELLER 362; vgl. auch BGE 91 (1965) I 238.

96 Vgl. vorn § 6 II. 2.1 / 2.2 / 2.3.

97 Vorn § 6 II. 2.4.2.

aussetzungen der Haftbarmachung weitgehend auf die Person des schädigenden Amtswalters zugeschnitten. Diese Beurteilung ergibt sich für die originäre-verschuldensabhängige Haftungsform durch das Verschulden als Haftungsvoraussetzung. Das gilt selbst dann, wenn man von einem objektivierten Verschuldensbegriff[98] ausgeht; denn Bezugspunkt und Zurechnungssubjekt für ein tadelnswertes Verhalten ist nach wie vor der Beamte. Auch die originäre-verschuldensunabhängige Form stellt faktisch eine Haftung für (fremdes) Einzelverhalten dar. Das zeigt die Tatsache, dass bei der Beurteilung der Widerrechtlichkeit weitgehend auf die Amtspflichtverletzung abgestellt wird[99].

Aufgrund dieser Ueberlegungen lautet die Antwort auf die Frage, ob die Staatshaftung eine Haftung für eigenes oder fremdes Verhalten sei: Nach den heute im positiven Recht vorhandenen Anspruchsinstituten stellt die Staatshaftung[100] eine Haftung für fremdes Verhalten dar. Wendet man die Bestimmung von OR 51 auf Regressfälle an, in welchem auch das Gemeinwesen in der Eigenschaft als Hoheitsträger ersatzpflichtig wird, so steht die Staatshaftung in der Rangordnung gemäss OR 51 Abs. 2 "in letzter Linie", weil sie eine Kausalhaftung darstellt.

---

98 Zum objektivierten Verschuldensbegriff hinten § 7 V. 3..

99 Vgl. dazu hinten § 7 FN 152; § 7 V. 3..

100 Das gilt auch für den Amtshaftungserlass des Kts. AI (vgl. vorn § 5 I. 3.), welcher auf eine selbständige Regelung verzichtet und auf die Bestimmungen des OR verweist.

Anders liegen die Verhältnisse bei der originären Staatshaftung im rechtsdogmatischen Sinn (Verbandshaftung) [101]. Haftet das Gemeinwesen unmittelbar für staatliches Unrecht, so hat es für eigenes Verhalten einzustehen. Auf die Regressordnung von OR 51 übertragen, bedeutet dies, dass, falls im konkreten Sachverhalt den Beamten ein Verschulden trifft, das Gemeinwesen dieses als eigenes zu vertreten hat. Demach steht das Gemeinwesen i.S.v. OR 51 Abs. 2 "in erster Linie".

III. ERGEBNIS DER BETRACHTUNGEN

1. ZUSAMMENFASSUNG

Das Amtshaftungsrecht umfasst die Staatshaftung und die Beamtenhaftung. Die beiden Haftungsmodelle werden in verschiedene Anspruchsinstitute unterteilt. Sie regeln Rechtsfragen, welche sich im Zusammenhang mit Schäden ergeben, die anlässlich hoheitlicher Verrichtungen rechtswidrig verursacht worden sind [102].

Das Recht der BEAMTENHAFTUNG befasst sich einerseits mit der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit von Behörden und Beamten gegenüber dem unmittelbar geschädigten Gemeinwesen

---

101 Vgl. vorn § 6 II. 2.4.1 und hinten § 7 V. 2.2.

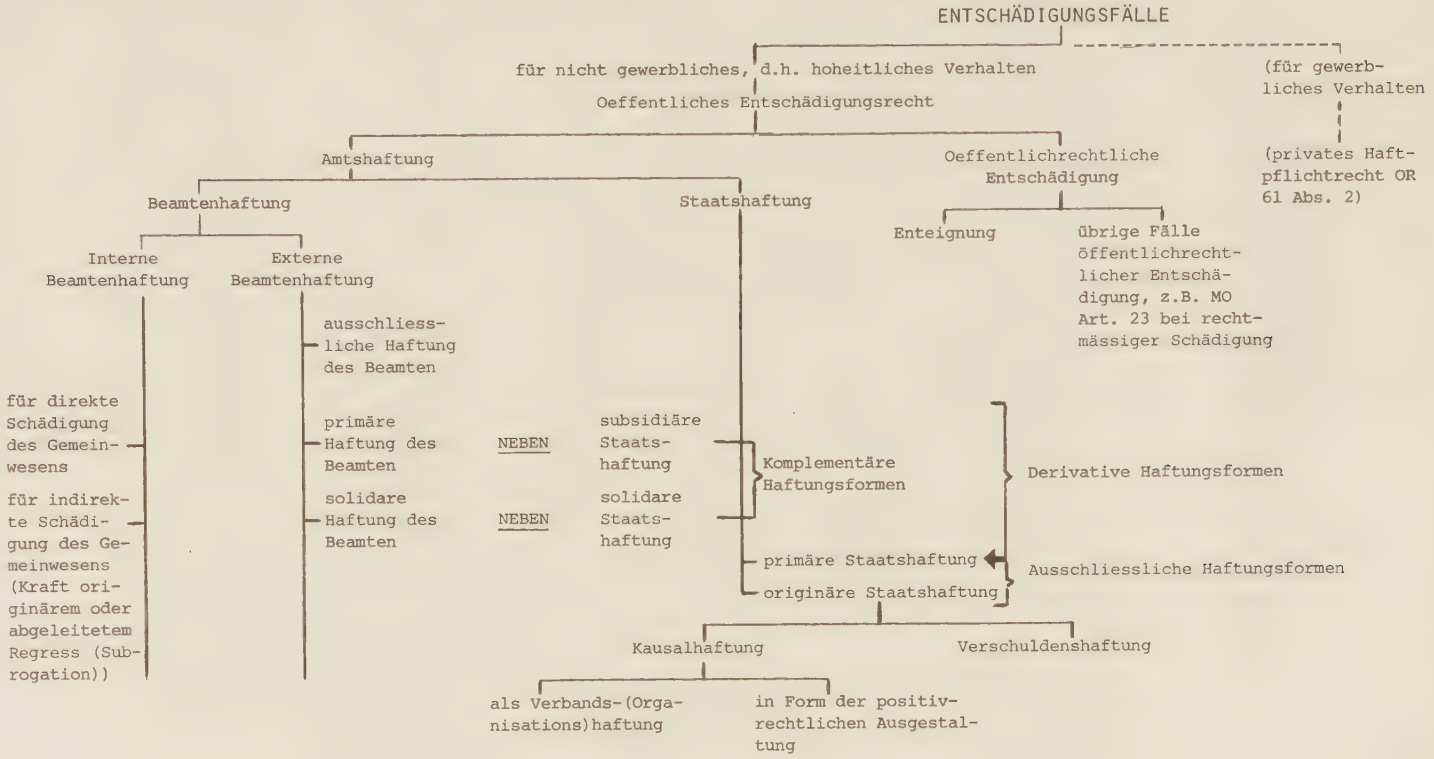
102 Um genau zu sein, muss ich nochmals wiederholen (vgl. vorn § 1 FN 15), dass bei der internen Beamtenhaftung auch Schädigungen in Betracht fallen, welche in Erfüllung gewerblicher Aufgaben verursacht werden. Wesentlich ist, dass der Beamte den Schaden in amtlicher Eigenschaft und nicht bei Gelegenheit dienstlicher Verrichtungen verursacht hat. - Dazu hinten § 13.

(interne Beamtenhaftung für direkte Schädigung). Andererseits regelt es die Haftung im Verhältnis zwischen dem fehlbaren Amtswalter und dem geschädigten Dritten (externe Beamtenhaftung bzw. interne Beamtenhaftung für indirekte Schädigung des Gemeinwesens). Die externe Beamtenhaftung erfährt je nach ihrer Beziehung zur Staatshaftung verschiedene Ausgestaltungen.

Das Recht der STAATSHAFTUNG gibt Antwort auf Fragen aus dem Gebiet der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit der öffentlichen Hand für hoheitlich-rechtswidrig verursachten Schaden. Haftungsprobleme im Zusammenhang mit der Staatshaftung stellen sich ausschliesslich bei Schädigung Dritter. Je nach Entwicklungsstand unterscheidet man, vom rechtsdogmatischen Standpunkt aus betrachtet, verschiedene Anspruchsinstitute. Aufgrund verfahrensrechtlicher Kriterien erfolgt die Einteilung der Staatshaftung zudem danach, ob der geschädigte Dritte ausschliesslich das Gemeinwesen oder neben diesem auch den fehlbaren Funktionär belangen kann.

2. UEBERSICHT: HAFTUNG DES GEMEINWESENS UND SEINER FUNKTIONAERE

Im Sinne einer Uebersicht werden hier die Fälle der öffentlichen ausservertraglichen Schadenersatzpflicht des Gemeinwesens und der Beamten nach der in dieser Arbeit verwendeten Amtshaftungssystematik graphisch zusammengefasst:



3. UNTERABSCHNITT:

DAS INSTRUMENTARIUM DER AMTSHAFTUNG (INVENTUR)

VORBEMERKUNGEN

Der vorliegende Unterabschnitt beschreibt die Tatbestandselemente der Amtshaftung. Ausgangspunkt der Ausführungen bildet die Frage: Wer haftet aufgrund welcher Voraussetzungen gegenüber wem für welche schädigenden Verrichtungen. Im Sinne einer Inventur werden die einzelnen Elemente begrifflich skizziert, die zusammen das Instrumentarium der Amtshaftung ergeben. Bestehen für einzelne Elemente (Merkmale) Parallelen im privaten Haftpflichtrecht, d.h. sind einzelne Sachfragen nicht dem Wesen eines bestimmten Rechtsbereiches zuzuordnen[1)] , wird auf eine eigene Darstellung verzichtet und auf die von der privatrechtlichen Doktrin erarbeiteten Grundsätze verwiesen. Die gleichen Bemerkungen sind anzubringen in bezug auf die dem Amtshaftungsrecht spezifischen Probleme, welche bereits in der einschlägigen Literatur eingehend behandelt wurden.

Die Beschreibung des Instrumentariums beleuchtet den Anwendungsbereich (Geltungsbereich) der Amtshaftung vom einzelnen Tatbestand her. Den dahinter stehenden rechtshistorischen Bezug vermittelt der 2. Abschnitt[2)] .

---

1 Für jedes Element ist gesondert zu überlegen, ob die darüber im Privatrecht entwickelten Grundsätzen entsprechend verwendet werden dürfen. Hiezu folgt die vorliegende Arbeit weitgehend den von C.D.BEZZOLA 65ff. herausgeschälten Gesichtspunkten, dazu vorn § 3 FN 54.

2 Hinten §§ 11ff..

DIE ALLGEMEINEN VORAUSSETZUNGEN DER HAFTBARMACHUNG IM AMTSHAFTUNGSRECHT

I. ÜBERSICHT

Unumgängliche Voraussetzungen dafür, dass ein Amtshaftungsanspruch geltend gemacht werden kann, sind drei, allenfalls fünf Elemente, von denen der SCHADEN, das VERSCHULDEN, der KAUSALZUSAMMENHANG und die WIDERRECHTLICHKEIT unter dem Begriff "Allgemeine Voraussetzungen der Haftbarmachung" zusammengefasst werden. Ist ein Schadenereignis auf ein menschliches Verhalten [3] zurückzuführen, so muss das rechtswidrige Tun oder Unterlassen, soll es für das Amtshaftungsrecht erheblich werden, bei der Staatshaftung dem Staat, bei der Beamtenhaftung dem Beamten zugerechnet werden können. Der Fehlbare muss in Ausübung seiner amtlichen Verrichtungen geschädigt haben. Funktionell gesehen, gehört diese Haftungsvoraussetzung zur Umschreibung des haftungsrechtlichen Beamtenbegriffes sowie zur Bestimmung des sachlichen Geltungsbereiches der Amtshaftung. In diesem Zusammenhang erfolgt denn auch die Erörterung dieses Tatbestandsmerkmales [4].

Alle fünf Voraussetzungen sind bei der Beamtenhaftung sowie den deliktischen Staatshaftungsformen [5] massgebend. Keine Haftungsvoraussetzung bildet das Verschulden für den Tatbestand der originären-verschuldensunabhängigen Staatshaftung. Zudem entfällt

---

3 Zum Unterschied zwischen Verhaltens- und Zustandshaftung vorn § 3 II. 3. bei FN 83.
4 Vgl. hierüber vorn § 1 II. 3. und hinten § 13.
5 Zu den deliktischen Staatshaftungsformen vgl. die Uebersicht vorn § 6 II. 1.3.

bei dieser Haftungsform im Falle einer Zustandshaftung[6] das Element der ZURECHNUNG. Dennoch spielt das Verschulden eine Rolle, es ist nur nicht mehr haftungsbegründende Voraussetzung. Von Bedeutung bleibt das Verschulden nach wie vor, z.B. bei der Ausrichtung von Genugtuungsleistungen[7], beim Regress auf den Staat - als ein unter mehreren aus verschiedenem Rechtsgrund Ersatzpflichtiger, sofern die Staatshaftung als Verantwortlichkeit für eigenes Verhalten ausgeformt ist[8] - oder bei der Reduktion der staatlichen Ersatzpflicht wegen Selbstverschuldens des Geschädigten[9].

II. SCHADEN UND IMMATERIELLE UNBILL (GENUGTUUNG)

1. SCHADEN

Der Schaden stellt ein begriffsnotwendiges Merkmal der Amtshaftung dar. Nach der Terminologie von C.D.BEZZOLA[10] ist der Schaden im schweizerischen Haftpflichtrecht "ein allgemeinunveränderliches Element". "Weil sich privates und öffentliches Recht insbesondere nach den Adressaten ihrer Rechtssätze unterscheiden - hier Hoheitsträger, dort Private - , ist der Begriff des Schadens,der keine personalen Merkmale enthält, weder dem einen noch dem anderen Gebiet verhaftet"[11].

---

6 Ein Beispiel für eine Zustandshaftung wird hinten § 10 III. 2.3 erörtert.

7 Z.B.: VG des Bundes, Art. 6; HG ZH 11.

8 Vgl. zu diesem Problem vorn § 6 II. 3..

9 Z.B.: VG des Bundes, Art. 4; HG ZH 7. - Vgl. zur Bedeutung eines zusätzlichen Verschuldens bei Haftungstatbeständen mit Kausalhaftungen K.OFTINGER I 139f. und im Zusammenhang mit der Schadenersatzbemessung hinten § 7 II. 1.1 a.E..

10 C.D.BEZZOLA 73; gl.M. z.B.: IMBODEN/RHINOW II Nr. 105 B III; H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 35; BGE 90 (1964) II 424.

11 R.HOTZ 81 insbes. FN 1 mit Verweisung auf Z.GIACOMETTI, Allg. Lehren 98 ff..

Es braucht hier daher nicht wiederholt zu werden, was die privatrechtliche Lehre darüber erarbeitet hat[12]. Lediglich folgende Aspekte seien erwähnt:

Nicht jeder, einer Person zugefügte Nachteil ist ein Schaden im Rechtssinn. Erst die Vermögenseinbusse, die wirtschaftlich feststellbare Beeinträchtigung von Rechtsgütern oder Rechtsansprüchen, macht den erlittenen Nachteil zum rechtlich erheblichen Schaden. Berechnet wird die Vermögenseinbusse eines Geschädigten[13] durch die Gegenüberstellung seines gegenwärtigen[14], vorhandenen Vermögensstandes mit dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis aufweisen würde[15]. Die Differenz der miteinander verglichenen Vermögensstände ergibt den haftungsrechtlich relevanten Schaden. Es stellt sich die Frage, welche wirtschaftlich erfassbaren Güter zum Begriff des Vermögens gehören. Es wäre einigermassen naheliegend, dass diese Frage im Amtshaftungsrecht, als einem Teilgebiet des öffentlichen Entschädigungsrechts, im Zusammenhang mit der Eigentumsgarantie[16] beantwortet würde. Diese Verbindung stellen jedoch selbst diejenigen Autoren[17]

---

12 Statt vieler: K.OFTINGER I 53ff. (Begriff und Arten, speziell zum sog. "sonstigen Schaden" S. 61 bei FN 38), 66ff. (Umfang und Gestalt des Schadenersatzes), 170ff. (Schadenberechnung). - Nicht speziell angeschnitten wird hier ferner die Frage, nach dem Verhältnis zwischen Naturalrestitution und Geldersatz, vgl. OR 43.

13 Zum Begriff des Geschädigten hinten § 9 II..

14 Unter dem gegenwärtig vorhandenen Vermögensstand versteht man den Stand eines Vermögens nach Eintritt des schädigenden Ereignisses, vgl. K.OFTINGER I 54 FN 5.

15 Vgl. K.OFTINGER I 54 bei FN 6.

16 BV 22 ter.

17 Vgl. z.B.: Z.GIACOMETTI, Allg. Lehren 511f.; H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 22f.. Vgl. ferner zum Rechtsgrund der Amtshaftung hinten § 14 II..

nicht her, welche in der Eigentumsgarantie den R e c h t s g r u n d der Amtshaftung erblicken. Das mag in Würdigung des Umstandes geschehen, dass die Persönlichkeitsrechte auf Leben und auf körperliche Integrität nicht[18] zu den Schutzobjekten der Eigentumsgarantie zählen. Die Eigentumsgarantie schützt neben den wohlerworbenen Rechten des öffentlichen Rechts [19]die vermögenswerten Privatrechte. Daraus wird ersichtlich, dass die Eigentumsgarantie kein tauglicher Anknüpfungspunkt ist, um die eingangs aufgeworfene Frage beantworten zu können, sind doch Vermögensbeeinträchtigungen infolge von Körperverletzungen im Haftpflichtrecht nicht selten.

Die Amtshaftung kennt also hinsichtlich der rechtlich geschützten Vermögenspositionen keine besondere Regelung. Es sind grundsätzlich die nämlichen Positionen, die auch im Privatrecht geschützt werden. Wie für den Schadenbegriff kann auch für den Vermögensbegriff auf die privatrechtliche Dogmatik [20]verwiesen werden.

In diesem Zusammenhang "interessiert" die Frage, ob die Amtshaftung auch die blosse Interessensverletzung als Vermögensbeeinträchtigung schützt. Auch hier kann die Eigentumsgarantie zur Beantwortung nicht herangezogen werden, weil ihr Schutz durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts auf sub-

---

18 Vgl. hinten § 14 II. 1..

19 Zu den wohlerworbenen Rechten: IMBODEN/RHINOW II Nr. 122 B Ic, II; W. KAEMPFER 339ff.; P.U.ROSENSTOCK 71ff. (speziell im Zusammenhang mit Fragen aus dem Gebiet des öffentlichen Entschädigungsrechts); P.SALADIN, Verwaltungsprozessrecht 337ff..

20 Vgl. vorn § 7 FN 12. - Der Ausdruck "Vermögen" ist der haftungsrechtliche Komplementärbegriff zum Terminus "Schaden".

jektive Rechte beschränkt bleibt [21]. Die privatrechtliche Dogmatik entledigt sich des Problems, indem bereits die Umschreibung des Schadens auf die subjektiven Verhältnisse des Geschädigten abstellt und der Schaden "als I n t e r e s s e des Geschädigten am Nichteintritt des schädigenden Ereignisses" [22] aufgefasst wird. Diese Beurteilung kann im Amtshaftungsrecht nicht ohne weiteres übernommen werden. Es ist zu bedenken, dass das Gemeinwesen ohne Beeinträchtigung von Einzelinteressen die Aufgaben der Allgemeinheit nicht erfüllen kann [23/24].

Das Bundesgericht hat, soweit ersichtlich, zu dieser Frage direkt keine Stellung genommen. Es hat jedoch in anderem Zusammenhang betont, dass beispielsweise behördliche Zusagen,

---

21 Dass das BGer. den Schutz der Eigentumsgarantie nicht auch auf faktische Interessen und Gewinnchancen ausdehnt, wurde von der Doktrin schon mehrfach kritisiert und als "unfruchtbar und irreführend" bezeichnet, vgl. P. SALADIN, Grundrechte 135ff.; Th.FLEINER, Grundzüge 240; U.GUENG, Entschädigungspflicht 208ff.; bereits A.SPRECHER von BERNEGG 132 hat auf diesen Umstand hingewiesen.

22 K.OFTINGER I 59 insbes. bei FN 30. Vgl. aber auch K.OFTINGER I 63 FN 49.

23 Die Frage, ob und wenn ja, wie weit verletzte Interessen des Bürgers durch die Staatshaftung abgegolten werden sollen, wird international diskutiert. - Vgl. hinsichtlich der Staatshaftung in Italien K.OELLERS-FRAHM 77: "In der Doktrin hingegen setzt sich zunehmend die Meinung durch, dass auch die Verletzung "legitimer Interessen" die Haftung des Staates nach sich ziehen kann. Legitime Interessen sind nach italienischer Auffassung juristisch vorteilhafte Positionen, die nicht einen direkten und autonomen Schutz geniessen wie die subjektiven Rechte, sondern die von einer rechtlichen Zuständigkeit abhängig sind, die der Verwaltung im öffentlichen Interesse zuerkannt worden ist; die vorteilhafte Situation besteht in der direkt geschützten Aussicht darauf, dass die Behörde in Ausübung der ihr zuerteilten Rechte keine fehlerhaften Akte begeht".

24 Diese Ansicht entspricht zudem der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung, wonach im Amtshaftungsrecht von der Alles- oder Nichts-Maxime (vgl. hinten § 7 II. 1.2.) abzukommen ist.

die schliesslich nicht eingehalten werden, unter Umständen einen Verstoss gegen Treu und Glauben begründen, welchen der Betroffene nicht ohne weiteres auf sich nehmen müsse[25]. Daraus kann geschlossen werden, dass das Rechtssubjekt, welches von einer gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossenden Massnahme betroffen wird, gegebenenfalls seine vermögensrechtlich feststellbaren Interessen prozessual geltend machen kann[26]. Aufschlussreich und für die Amtshaftung verwertbar ist auch der Gedanke, wie ihn BGE 102 (1976) II 88 wiedergibt:"Selon la jurisprudence, l'acte illicite ne consiste pas nécessairement dans une atteinte portée à un droit subjectif; ... Commet donc un acte illicite celui qui lèse un intérêt privé protégé implicitement par une norme pénale édictée dans un but d'intérêt général".

---

25 BGE 100 (1974) Ib 297f.. Im gl.S. BGE 100 (1974) Ib 303; BGE 102 (1976) Ia 337. Vgl. ferner BGE 97 (1971) I 761 a.E. (berechtigte Interessen). - In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass neuere Amtshaftungserlasse ausdrücklich eine Haftung des Gemeinwesens für falsche und unwahre Auskünfte vorsehen, wobei jeweils nur bei vorsätzlich oder grobfahrlässig falscher Auskunftserteilung gehaftet wird, vgl. HG ZH 6 Abs. 3 (dazu H. R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 131 Nr. 22); VG SZ 5 Abs. 2; Entwurf VG TG 5 Abs. 2 (dazu BOTSCHAFT TG S. 19). Zur ausservertraglichen Haftpflicht für schlechten Rat und falsche Auskunft im Privatrecht, vgl. H.MERZ 314 (unter dem Gesichtspunkt der Widerrechtlichkeit); H. NIETLISPACH 103f..

26 Vgl. auch BGE 89 (1963) I 495 (pflichtwidrige Unterlassung einer staatlichen Auskunftspflicht). In Betracht fallen ferner finanzielle Nachteile infolge Verzögerung in der Erteilung von Bewilligungen (z.B. Baubewilligungen), dazu: Th.FLEINER, Grundzüge 239f.; O.K.KAUFMANN, Haftung des Staates 572f.; M.KUHN 180ff.; F.GYGI, Staatshaftung und Verwaltungsrechtspflege 234 FN 41; das Schiedsurteil des KGer. GR vom 21. und 22. Juni 1967 i.S. A.M. Obrecht-Hürlimann c. Stadtgemeinde Maienfeld; Urteil des Bezirksgerichts Albula vom 19. und 31.12.1977 i.S. Bergmotel AG Savognin c. Gemeinde Savognin. - Vgl. ferner BGE 88 (1962) I 228; betr. des gegen Treu und Glauben verstossenden Widerrufes einer einmal erteilten Baubewilligung bemerkt das BGer., "ein solcher Widerruf darf zudem in der Regel nur gegen eine angemessene Entschädigung erfolgen". - Grundlegend zur Verbindlichkeit von behördlichen Auskünften: U.GUENG, Auskünfte und Zusagen v.a. 497ff. (haftungsrechtlicher Aspekt); dazu auch K.SAMELI 366ff., 383f..

Besonders im Zusammenhang mit der Amtshaftung sind die sog. "zwischenzeitlichen Schäden" [27] zu erwähnen.

1.1 Die Schadenersatzbemessung im Amtshaftungsrecht

Mittels der SCHADENBERECHNUNG wird ziffernmässig die Höhe des Schadens bestimmt, wofür Ersatz gefordert wird.

Zwei Grundsätze prägen die Methode der Schadenberechnung: Zum einen soll sich der Geschädigte nicht durch Ersatzleistungen bereichern können; zum andern muss grundsätzlich der g e s a m t e Schaden ersetzt werden [28].

Ausgangspunkt der S c h a d e n b e r e c h n u n g ist der Schaden, wie er eingangs dieses Paragraphen umschrieben wurde. Die Schadenberechnung bildet die Grundlage der SCHADENERSATZBEMESSUNG, die sich ihrerseits mit der Verteilung des b e r e c h n e t e n Schadens befasst. M. a.W. die Schadenersatzbemessung behandelt die Frage, ob der Haftpflichtige den ganzen Schaden oder nur einen Teil davon zu ersetzen hat; dies hängt davon ab, ob er Herabsetzungsgründe - z.B. ein Selbstverschulden des Geschädigten - geltend machen kann.

---

27 Zwischenzeitliche Schäden sind Vermögensverletzungen, welche beispielsweise in der Zeit zwischen dem Erlass und der Anfechtung einer rechtswidrigen Verfügung entstehen. Näheres dazu bei: F.GYGI, Staatshaftung und Verwaltungsrechtspflege 224 und 235; ders., Verwaltungsrechtspflege 23 und 131; ders., Aufschiebende Wirkung v.a. 12f.; IMBODEN/RHINOW II Nr. 105 B VIf.; PROTOKOLL S. 3, S. 8 Votum (USTERI), S. 10f. (Voten ROOS und FISCHLI). Dazu auch hinten § 10 FN 24.

28 K.OFTINGER I 66, 261f..

Für die Methode der Schadenersatzbemessung wird gerne das Bild einer Waage erwähnt, auf welcher das Verschulden bzw. die Gefährdung und der entstandene Schaden gegeneinander aufgewogen werden.

Der Haftpflichtige hat für denjenigen Schadenumfang einzustehen, den er verursacht hat. Ereignisse[29], die ebenfalls zum Entstehen des Schadens beigetragen haben, hat er insoweit nicht zu vertreten, als sie ihm nicht zugerechnet werden können, d.h. also nicht zu seinem Verantwortungsbereich gehören. Damit die Waage ins Gleichgewicht einpendelt, müssen daher solche dem Haftpflichtigen zurechenbare Faktoren vom b e r e c h n e t e n Schaden "abgewogen" werden. Nur den "abgewogenen" Teil hat er zu ersetzen. Allgemein wird im Schrifttum[30] die Ansicht vertreten, die mit der Schadenberechnung[31] und der Schadenersatzbemessung[32] zusammenhängenden Fragen seien im Amtshaftungsrecht grundsätzlich[33] gleich zu beantworten wie im Privatrecht[34]. Dieser Auffassung kann nicht vollumfänglich zugestimmt werden. Vor allem auf drei Besonderheiten ist hinzuweisen[35]:

---

29 Solche Ereignisse bezeichnet man als Faktoren der Schadenersatzbemessung oder als Herabsetzungsgründe. Vgl. OR 44 und zu den einzelnen Faktoren K.OFTINGER I 263ff..

30 Z.B.: C.D.BEZZOLA 126; O.K.KAUFMANN, Haftung des Staates 580ff.; M.KUHN 142; H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 38f..

31 Zur Schadenersatzberechnung im Privatrecht statt vieler K.OFTINGER I 170ff..

32 Zur Schadenersatzbemessung im Privatrecht statt vieler K.OFTINGER I 261ff..

33 Vereinzelt wird auf Abweichungen hingewiesen, vgl. H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 38ff..

34 OR 42ff..

35 Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf Fragen der Schadenersatzbemessung bei Vermögensbeeinträchtigung Dritter. - Weniges zur Schadenersatzbemessung im Verhältnis zwischen Staat und Beamten (interne Beamtenhaftung) hinten § 7 FN 75ff..

- Vereinzelt wird in kantonalen Amtshaftungserlassen [36] dem Geschädigten als Selbstverschulden angerechnet, dass er es unterlassen hat, den Schaden durch Ausschöpfen der - beispielsweise gegen schädigende rechtswidrige Hoheitsakte (Verfügung, Entscheide, Urteile) - vorhandenen Rechtsmittel zu verhindern oder gutzumachen. Das Nichtergreifen solcher, von der Schadenersatzklage verschiedener Rechtsmittel - z.B. die Beschwerde - durch den Geschädigten bildet demnach einen Herabsetzungsgrund nach dem Vorbild von OR 44 Abs. 1. Derartige Bestimmungen dürfen nicht verwechselt werden mit Vorschriften, welche Anspruchsvoraussetzungen [37] der Schadenersatzklage gegen schädigende rechtswidrige Hoheitsakte darstellen und folgende Merkmale aufweisen:

  Die Haftung des Staates für rechtswidrige Hoheitsakte ist bisweilen davon abhängig, dass die im Verantwortlichkeitsprozess angefochtenen Urteile, Verfügungen oder Entscheide nocht nicht in formelle Rechtskraft [38] erwachsen sind. Hoheitsakte sind dann formell rechtskräftig und damit rechtmässig, wenn sie mit keinem ordentlichen Rechtsmittel mehr angefochten werden können.

---

36 Z.B.: HG ZH 7, dazu H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 133; VG GR 15, wozu W.ZEHNTNER 38 FN 87 unzutreffend bemerkt, dieser Art. stelle eine Voraussetzung für die Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs dar. - Den Gehalt von VG GR 15 richtig erfasst hat dagegen U. GUENG, Entschädigungspflicht 107 FN 48.

37 Vgl. z.B.: VG des Bundes Art. 12 (zu diesem Art. besteht eine reichhaltige Literatur, vgl. z.B. M.KUHN 283ff.; U.GUENG, Entschädigungspflicht 107 FN 49; B.MUELLER 355ff.; F.GYGI, Staatshaftung und Verwaltungsrechtspflege v.a. 222f.; O.K.KAUFMANN, Haftung des Staates 573; H.P.KAUL 116f.; B.MUELLER 354ff.); HG ZH 21 Abs. 1, dazu H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 155.

38 Vgl. zum Begriff der formellen Rechtskraft im Zusammenhang mit der Haftung für widerrechtliche Rechtsakte hinten § 10 II. bei FN 26.

Da mit der Amtshaftungsklage nur widerrechtlich verursachte Schädigungen geltend gemacht werden können, kann die Rechtmässigkeit formell rechtskräftiger Verwaltungs- und Justizakte in einem Verantwortlichkeitsverfahren nicht überprüft werden. Die Ausschöpfung der verwaltungsprozessualen Rechtsmittel stellt demnach eine spezielle Anspruchsvoraussetzung für den Schadenersatzanspruch aus Rechtsverletzungen durch Hoheitsakte (= Rechtsakte) dar. Der Geschädigte ist gezwungen, den Instanzenzug zu durchlaufen; denn nur auf diese Weise kann er den Eintritt der formellen Rechtskraft verhindern und möglicherweise ein Urteil erlangen, welches den angefochtenen Hoheitsakt als widerrechtlich beurteilt[39]. Vorbehalten bleibt der Fall, dass die Voraussetzungen zur Einreichung von ausserordentlichen Rechtsmitteln (Revision, Erläuterung, Aufsichtsbeschwerde) erfüllt sind.

- Gelegentlich wird erwähnt, die Berücksichtigung der Notlage[40] des Haftpflichtigen spiele für die Staatshaftung keine Rolle, weil das Gemeinwesen i.S.v. OR 44 Abs. 2 nicht in eine Notlage geraten könne. Diese Fest-

---

39 Vor allem F.GYGI, Staatshaftung und Verwaltungsrechtspflege 222, hat darauf hingewiesen, dass der Staatshaftungsausschluss für formell rechtskräftige Rechtsakte erst dann seine Berechtigung habe, wenn er nicht in Ermangelung einer effizient ausgebauten Verwaltungsrechtspflege faktisch die Ausklammerung der Haftung für Rechtsakte bewirke. Solange dieser Rechtsschutz nicht gegeben sei, führe eine derartige Verquickung von Staatshaftung und Verwaltungsrechtspflege zur altliberalen Devise "dulde und liquidiere" ; gl.M. M.KUHN 283ff., 300f.. Vgl. die Stellungnahme dazu von B.MUELLER 355ff., der Autor verkennt jedoch den Grundgehalt der Argumentation von F.GYGI, die nicht darin gipfelt, die Regelung von VG 12 des Bundes prinzipiell zu verurteilen, sondern die lediglich die rechtsstaatlichen Bedenken gegenüber einer Lösung vorträgt, welche kombiniert mit einem ungenügend ausgestalteten Verwaltungsrechtsschutz im Ergebnis zu einem kaum haltbaren Rechtsschutzmanko führt.

40 Zur Notlage des Haftpflichtigen als Herabsetzungsgrund K.OFTINGER I 271ff..

stellung gilt nicht uneingeschränkt. Es ist zu bedenken, dass bei den derivativen Staatshaftungsformen nach wie vor der fehlbare Beamte Haftpflichtsubjekt ist[41]. Das Gemeinwesen ist lediglich Garantieschuldner. Die Belanglosigkeit der Notlage als Herabsetzungsgrund ist somit nur für die originäre Staatshaftung von Bedeutung[42].

- Weiter ist zu fragen, ob sich das kausal haftende Gemeinwesen bei der Schadenersatzbemessung ein zusätzliches Verschulden des fehlbaren Beamten anrechnen lassen muss, wenn auf der Seite des Geschädigten ein Selbstverschulden[43] vorliegt. H.R.SCHWARZENBACH[44] vertritt die Auffassung, dass entgegen der Praxis im Privatrecht[45] "der Staat in der Amtshaftung kausal für widerrechtliche Schädigungen haftet, nicht aber für mehr". In der Tat ist nicht einzusehen, weshalb dem ohne Verschulden Haftpflichtigen noch zusätzlich ein Verschulden auf seine Waagschale gelegt wird, die ja ohnehin der Kausalhaftung wegen bereits mit 100% des berechneten Schadens beschwert ist.

  Es wird davon abgesehen, an dieser Stelle näher auf die rechtsdogmatische Problematik einzugehen[46], welche hinter der von K.OFTINGER[47] vorgeschlagenen und

---

41 Vgl. vorn § 6 II. 2.1 / 2.2 / 2.3.
42 Deshalb richtig H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 39; ungenau C.D.BEZZOLA 126.
43 Zum Begriff des Selbstverschuldens K.OFTINGER I 157ff. und zu seiner Bedeutung als Herabsetzungsgrund K.OFTINGER I 265ff..
44 H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 40; a.M., d.h. für die gleiche Praxis wie im Privatrecht sind z.B.: R.BINSWANGER 193; O.K.KAUFMANN, Haftung des Staates 580ff.; M.KUHN 144 insbes. FN 3.
45 Vgl. den Nachweis der Rechtsprechung bei K.OFTINGER I 269 FN 37ff..
46 Kritisch dazu auch W.LANZ 75.
47 Vgl. K.OFTINGER I 269f..

vom Bundesgericht übernommenen Berechnungsmethode steht. Lediglich am Rande sei darauf hingewiesen, dass diese Formel m.E. auf gewissermassen "kaltem Wege" das Verbot der Bereicherung mittels Schadenersatz umgeht. Hat nämlich das Gemeinwesen - in Fällen, in welchen den Geschädigten ein Selbstverschulden trifft - zusätzlich noch ein allfälliges Verschulden des fehlbaren Beamten zu vertreten, muss der Geschädigte nach dieser Methode effektiv nicht den Teil des Schadens tragen, den er durch sein Selbstverschulden verursacht hat. Wenn überhaupt, hat er lediglich für einen geringeren Teil des Schadens einzustehen. Damit wird ein erster Schritt zur Aushöhlung des Ausgleichsgrundsatzes getan. Zudem denaturiert diese Praxis, gerade weil es "im Wesen der Kausalhaftung liegt ..., dass schon o h n e Verschulden für den ganzen Schaden gehaftet wird"[48], die Kausalhaftung zu einer Haftung mit Verschuldenscharakter[49/50].

---

48 K.OFTINGER I 269.

49 Da diese Feststellung allgemein für Kausalhaftungen, d.h. sowohl für Gefährdungshaftungen wie für milde Kausalhaftungen zutrifft, ist die Auffassung, die milde Kausalhaftung stelle ohnehin eine (verkappte) Verschuldenshaftung dar (so z.B. W.LANZ 200; P.WIDMER, Standortbestimmung 308ff.) kein Argument gegen die hier vertretene Ansicht.

50 Aehnliche Ueberlegungen stellt auch B.RUSCONI 348ff. an, vgl. v.a. S. 349 FN 28: "Le responsable ne peut en effet pas être tenu à réparer plus de 100% du préjudice subi par le lésé, pour la raison qu'une faute s'ajouterait au risque générateur de sa responsabilité". - Die hier für die Amtshaftung vertretene Auffassung steht zudem im Einklang mit der Ablehnung der "Alles- oder Nichts-Maxime" als Prinzip für den Umfang der staatlichen Ersatzleistung, vgl. nachstehend § 7 II. 1.2 nach FN 58.

1.2 Der Umfang des Schadenersatzanspruchs im Amtshaftungsrecht

In Anlehnung an die Lösung im Privatrecht wird auch für die Amtshaftung als angemessen erachtet, dass grundsätzlich - Reduktionsgründe vorbehalten - der gesamte Schaden ersetzt wird[51]. Schützenhilfe erhält diese Auffassung durch die Lehren, welche den Rechtsgrund staatlicher Ersatzleistungen entweder in der Eigentumsgarantie[52] oder im Grundsatz der Lastengleichheit als Ausfluss vom Willkürverbot[53] erblicken. Neuere Bestrebungen[54] tendieren jedoch dahin, die Amtshaftung aus dem Bannkreis des "Alles- oder Nichtsprinzips" zu lösen und als Regel einer angemessenen Entschädigung nicht unbedingt die volle Schadloshaltung des Dritten zu erachten. Dieser Grundsatz hat viel für sich, trägt er doch u.a. der im Amtshaftungsrecht speziell vorhandenen Interessenlage[55] Rechnung. Zudem birgt er einen

---

51 Vgl. die vorn § 7 FN 10 zit. Autoren, insbes. auch: U.GUENG, Entschädigungspflicht 240 Pkt. 31; O.K.KAUFAMNN, Verantwortlichkeit der Beamten 344a.

52 Vgl. hinten § 14 II. 1., wo Vertreter dieser Auffassung erwähnt werden. - Ferner BGE 102 (1976) Ia 253, wo für die Eigentumsgarantie der "Grundsatz, dass volle Entschädigung zu leisten ist (Art. 22 ter BV)", festgehalten wird.

53 Vgl. hinten § 13 II., wo auch Vertreter dieser Auffassung erwähnt werden. - Ferner U.GUENG, Entschädigungspflicht 231: "Das bedeutet, dass der Entschädigungsanspruch der allgemeinen rechtsstaatlichen Entschädigungspflicht seinem Umfange nach ein umfassender Schadenersatzanspruch ist", demnach "geht der Ersatzanspruch aber auf vollen Ausgleich des Schadens".

54 Vgl. F.GYGI, Staatshaftung und Verwaltungsrechtspflege 228; für das deutsche Staatshaftungsrecht F.OSSENBUEHL, Staatshaftungsrecht 242.

55 F.GYGI, Staatshaftung und Verwaltungsrechtspflege 228, drückt diese Feststellung mit den Worten aus: "Die Alternative "alles oder nichts" ist dagegen für die Haftungsfälle für Fehlleistungen nicht geeignet, da dieser Bereich subtileren Abstufungen ruft". - Vgl. auch die Argumente für eine Abkehr vom allzu starr gehandhabten Grundsatz der vollen Entschädigung bei der Eigentumsgarantie, P.SALADIN, Grundrechte 204ff..

urdemokratischen Kern in sich, weil die Amtshaftung, als Verhältnis zwischen der Allgemeinheit und einem oder einzelnen ihrer Mitglieder, eine Beziehung darstellt, in welcher der Geschädigte auf beiden Seiten vertreten ist. Denjenigen Teil des Schadens, den er als "Allgemeiner" vertritt, für den kann er nicht als "Geschädigter" betroffen sein. Haftungsrechtlich[56] gesprochen, steht das Gemeinwesen nur in jenem Umfang näher am Schaden als der Geschädigte, wie dieser nicht als Vertreter der Allgemeinheit, sondern als "Einzelner" vom Schaden betroffen wird. Auch verfassungsrechtlich, etwa in bezug auf das Prinzip der Lastengleichheit[57], sind gegenüber dieser Lösung Bedenken fehl am Platz. Wesentlich ist, d a s s die Gemeinwesen aller Stufen (Bund, Kantone, Gemeinden, mit hoheitlichen Aufgaben vertraute Organisationen ausserhalb der Departementalverwaltung) überhaupt nach rechtsstaatlichen Grundsätzen[58] verantwortlich werden.

Ein aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitetes, jedoch nicht der "Alles- oder Nichts-Maxime" folgendes Entschädigungsrecht dürfte genügend Gewähr für a n g e m e s s e n e Schadenersatzleistungen bieten. Die freie richterliche Rechtsfindung könnte zwar die Praxis dazu verleiten, über das Ermessen die Staatskassen zu schonen und im Einzelfall die fiskalischen Anliegen des Gemeinwesens mehr zu berücksichtigen, als es im konkreten Sachverhalt gerechtfertigt ist. Es würde jedoch von wenig

---

56 Vgl. vorn § 2 III. 2. bei FN 33.

57 Vgl. z.B. U.GUENG, Entschädigungspflicht, als Vertreter der auf dem allgemeinen Gleichheitssatz aufbauenden Lehre der staatlichen Entschädigung. Siehe hinten § 14 II. 2..

58 Dazu hinten § 7 V. 4.1.

Vertrauen in die Rechtsprechung zeugen, versuchte man, solch möglichen [59] Erscheinungen bereits präventiv durch legislatorische Massnahmen den Riegel zu schieben.

2. GENUGTUUNG

Gemäss dem vorn [60] umschriebenen Schadenbegriff ist die Verletzung eines Persönlichkeitsrechts, die ohne wirtschaftlich (ökonomisch) messbare Nachteile bleibt, kein Schaden im Rechtssinn. Derartige Beeinträchtigungen bilden das Pendant zum Schaden und stellen immaterielle Auswirkungen dar, die mit "tort moral", "Genugtuung" oder "immaterielle Unbill" umschrieben werden [61/62]. Einen Anspruch auf Genugtuungsleistungen kann geltend machen, wer nicht nur in wirtschaftlicher Weise, sondern auch in anderer Art, z.B. durch Schmerzen wegen Verletzungen, durch Verminderung des Lebensgenusses wegen Invalidität, durch Trauer wegen Todes eines Ange-

---

59 Wie der rechtsdogmatische Werdegang der Amtshaftung lehrt, sind solche Gedanken nicht völlig aus der Luft gegriffen (vorn § 5 bei FN 41). Die Furcht, die Einführung der Staatshaftung, vor allem der originären-verschuldensunabhängigen Form, belaste allzu sehr die Staatskassen, ist eine treue Begleiterin des Entstehungsprozesses der Amtshaftung (vgl. z. B. die Feststellung von H.-J.VOGEL 28, hinsichtlich der Reform der Staatshaftung in der BRD: "Dennoch rechnen wir gerade an diesem Punkt mit fiskalischen Einwänden. ... Sie haben sich jedoch ebenso regelmässig als nicht stichhaltig erwiesen."). Die Rechtswirklichkeit hat immer wieder Mittel und Wege gefunden, sei es über die Gesetzgebung, sei es über die Rechtsprechung, um diesen Befürchtungen Nachachtung zu verschaffen. - Widerlegt werden diese, vor allem rechtspolitisch motivierten Befürchtungen, durch die Untersuchung von M.REHBINDER, Gutachten 27ff.; ders., Festschrift 410ff..

60 Vorn § 7 II. 1..

61 Vgl. zur Terminologie bei der Genugtuung: P.TERCIER, Contribution 9ff.; K.OFTINGER I 288 FN 14.

62 U.H.WINTER 6 bemerkt deshalb zu Recht, dass es falsch sei, anstelle von Genugtuung von "immateriellem Schaden" zu sprechen.

hörigen, durch Injurien usw., beeinträchtigt wird. Dabei kann die gleiche Körperverletzung einen Anspruch auf Schadenersatz u n d Genugtuung ergeben [63]. Was für den Schaden zutrifft, gilt auch für die immaterielle Unbill[64] : Es werden im öffentlichen und im gemeinen Recht bei der Berechnung und Bemessung von Genugtuungsleistungen dieselben Grundsätze angewandt [65]. Das ist insbesondere bei der originären-verschuldensunabhängigen Staatshaftung der Fall, doch werden in der Regel nur dann Genugtuungsleistungen ausgerichtet, wenn zusätzlich ein Verschulden vorliegt [66].

III. VERSCHULDEN

Unter dem Aspekt des Legalitätsprinzips (Bindung an das Gesetz) staatlicher Tätigkeiten[67] spielt die Frage des Verschuldens bei unrichtiger Rechtsanwendung naturgemäss eine besondere Rolle.

---

63 In Amtshaftungserlassen wird oft nur von Schaden gesprochen, die Genugtuung bleibt unerwähnt. C.D.BEZZOLA 71 meint dazu, erwähne das Gesetz die Verantwortlichkeit für tort moral nicht oder lehne es sie nicht grundsätzlich ab, sei der Pflicht zu Schadenersatzleistungen auch die Pflicht zu Genugtuungsleistungen immanent. Gl.M. sind: A.SAGER 112; W. ZEHNTNER 36f. insbes. FN 83. Dazu auch O.K.KAUFMANN, Verantwortlichkeit der Beamten 344a FN 324.

64 Gl.M. sind die vorn § 7 FN 10 zit. Autoren.

65 Vgl. (als kleine Auswahl aus dem Schrifttum zur Genugtuung: B.von BUEREN, OR AT 84; DESCHENAUX/TERCIER 87ff.; R. DES GOUTTES; GUHL/MERZ/KUMMER 81 f.; K.HUETTE; ders., in: SJZ 70 (1974) 273ff. (Versuch einer Anleitung zur Harmonisierung von Genugtuungsentschädigungen); A.KELLER 38; K.OFTINGER I 286ff.; P.TERCIER, Contribution; U.H.WINTER.

66 So das VG des Bundes Art. 6 (dazu M.KUHN 150ff.); VG SO 9; VG ZH 10 (dazu H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 134). Anders dagegen VG SZ 4, danach ist das Gemeinwesen zu Genugtuungsleistungen verpflichtet, sofern die Voraussetzungen von OR 47 (= Verschulden ist keine Voraussetzung) und OR 49 gegeben sind.

67 Zum Legalitätsprinzip hinten § 14 III..

Der Gesetzgeber hat den Verschuldensbegriff nirgends definiert. Somit ist es Lehre und Rechtsprechung überlassen, das Verschulden begrifflich näher zu umschreiben.

Als schuldhaft bezeichnet man im öffentlichen wie im privaten Recht[68] ein Verhalten, das rechtlich deshalb missbilligt wird, weil es tadelnswert ist. Damit ein Tun oder Unterlassen seinem Urheber zum Tadel gereicht, muss es ihm vorgeworfen werden können. Vorwurf verdient jedoch nur, wer urteilsfähig ist[69]. Urteilsfähig im Rechtssinn ist, wer vernunftgemäss handeln kann. Verschulden setzt also Urteilsfähigkeit voraus. Bloss wer nicht wegen Kindesalter oder zufolge Geisteskrankheit, Geistesschwäche oder ähnlichen Zuständen[70] unfähig ist, das Unrecht seines Verhaltens einzusehen, kann seine Handlungen oder Unterlassungen auf das von der Rechtsordnung als angemessen erachtete Durchschnittsverhalten ausrichten. Missbilligt wird ein tadelnswertes Verhalten, sobald es bei seiner rechtlichen Beurteilung von dem nach objektiven[71] Kriterien angelegten Verhaltensmass-

---

68 C.D.BEZZOLA 113; R.HOTZ 113; H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 58; W.ZEHNTNER 46.

69 Vgl. ZGB 16.

70 Z.B. der Zustand einer Ohnmacht. - Näheres dazu bei K.OFTINGER I 154 FN 97.

71 Objektiv bewertet wird ein Verschulden, indem im konkreten Tatbestand das Fehlverhalten von der schädigenden Person losgelöst und am erwarteten Verhalten einer sich in der gleichen Situation befindlichen Durchschnittsperson gemessen wird. Als Messwert dient ein Mittelmass von Sorgfalt und Vorsicht, von moralischen, intellektuellen und physischen Eigenschaften sowie von beruflichen und technischen Fähigkeiten, vgl. K.OFTINGER I 143.

stab abweicht. Es gilt demnach ein sog. "objektivierter Verschuldensbegriff" [72]. Das Gesetz unterscheidet nach der Schwere des Vorwurfs graduell abgestufte Verschuldensarten, nämlich VORSATZ, GROBE und LEICHTE FAHRLAESSIGKEIT. In einem neueren Urteil setzt sich das Bundesgericht[73] zudem mit dem "Begriff des mittleren, weder leichten noch schweren Verschuldens" auseinander.

1. VORSATZ

Vorsätzlich schädigt, wer w i s s e n t l i c h schädigen w i l l , d.h. wer mit Wissen und Willen handelt. Beabsichtigtes und tatsächlich verwirklichtes Verhalten stimmen weitgehend überein. Der vorsätzlich Handelnde will genau den letztlich entstandenen Schaden herbeiführen, oder er nimmt ihn zumindest in Kauf, um andere Ziele verwirklichen zu können.

Im Amtshaftungsrecht sind vorsätzlich verursachte Schädigungen eher selten. Treten dennoch solche auf, gilt beispielsweise gemäss der Regresspraxis im EMD [74], dass der fehlbare Beamte die dem Bund direkt oder indirekt verursachte Vermögensverletzung vollumfänglich ersetzen muss.

---

72 Die Objektivierung des Verschuldens ist eine im Amtshaftungsrecht international feststellbare Erscheinung, vgl. R.BERNHARDT/T.STEIN 15. - Die objektive Beurteilung des Verschuldens wird in der Lehre nicht einhellig vertreten, sondern unter dem Gesichtspunkt, dass eine extreme Objektievierung zu einer Haftung ohne Verantwortung führe (vgl. z.B. D.von SCHENK 101; P.WIDMER, Standortbestimmung 300; ders., Notizen 208), gar abgelehnt. - Diese Auffassung ist insofern gutzuheissen, als Feststellungen wie z.B.: "Ein Versagen bedeutet Verschulden, selbst wenn der Fehlbare alles getan hat, was ihm persönlich möglich war und ihm kein Willensfehler zur Last fällt" (K.OFTINGER I 144 insbes. FN 25f.) m.E. den Rahmen der eigentlichen Verschuldenshaftung sprengen.

73 BGE 100 (1974) II 337 E. 3.

74 Vgl. allgemein zur Schadenbeteiligungspraxis im Bund R.HOTZ 161ff..

Lediglich vergleichsweise ist zu erwähnen, dass nach der Praxis des EMD ein Beamter, welcher grobfahrlässig Schaden verursacht, üblicherweise nur im Umfang von 10% an den berechneten Schadenkosten beteiligt wird. Im Einzelfall können jedoch besondere Umstände[75], wie das Schadenausmass[76] oder soziale Erwägungen[77], dazu führen, dass von der sonst geübten Praxis abgewichen wird. Bei leichtem Verschulden wird der fehlbare Funktionär gemäss den Art. 7 und 8 des VG des Bundes vermögensrechtlich nicht verantwortlich.

---

75 Im Umfang von mehr als 10% des verursachten Schadens haftet z.B. der wegen Alkoholeinfluss grobfahrlässig schädigende Beamte (Schadensakte EMD Nr. 2006. 27/77 vom 21.9.1977: Der fehlbare Beamte verursachte in einem schweren Rausch (Blutalkoholgehalt von 2,3 Gewichtspromille) einen Verkehrsunfall mit Drittschaden. Von der Schadensumme im Umfang von insgesamt mehr als Fr. 12'700.-- musste der Beamte einen Anteil von Fr. 4'400.-- bezahlen).

76 Bei einer Regresspraxis, welche formelhaft von einer Beteiligung im Umfang von 10% des entstandenen Schadens ausgeht, ist einleuchtend, dass falls die Unachtsamkeit ein grosses Schadenausmass bewirkte, weil z.B. besonders kostspielige Sachen (Flugzeuge, elektronische Instrumente und dergl.) beeinträchtigt wurden, die Umstände des Einzelfalles mitberücksichtigt werden müssen (vgl. z.B. Schadensakte EMD Nr. 2006. 75/77 vom 27.7.1977: Zwei Beamte mussten ein technisch kompliziertes, Schaden anfälliges Instrument bedienen, wobei sie elementare Sorgfaltspflichten verletzten. Es entstand ein Schaden von rund Fr. 10'000.--. Beide Beamte wurden im Umfang von je Fr. 200.-- am Schaden beteiligt).

77 Die Berücksichtigung sozialer Gründe ergibt sich vor allem aus finanziellen (Höhe des Einkommens) und familiären (grosse Familie, Krankheitsfälle) Erwägungen (vgl. z.B. Schadensakte EMD Nr. 2006. 84/76 vom 23.11. 1976; Schadensakte EMD Nr. 2006. 66/77 vom 28.4.1977: In beiden Fällen wurden grobfahrlässig Verkehrsregeln verletzt, wobei Sachschaden entstand. Im ersterwähnten Fall wurde bei einer Schadensumme von ca. Fr. 5'400.-- in Würdigung der finanziellen und familiären Verhältnisse auf eine Schadenbeteiligung im Umfang von Fr. 250.-- erkannt. Im zweiten Tatbestand musste der Fehlbare bei einem Schadenbetrag von annähernd Fr. 1'400.-- einen Anteil von Fr. 100.-- bezahlen. Beim Fehlbaren handelte es sich um einen Lehrling im letzten Lehrjahr).

2. FAHRLÄSSIGKEIT

Die Fahrlässigkeit eines Verhaltens wird je nach dem Grad der Unachtsamkeit als l e i c h t oder g r o b (schwer) qualifiziert. Diese Abgrenzung hat im Amtshaftungsrecht besondere Bedeutung. Nach ihr wird vermögensrechtlich vertretbares von nicht verantwortbarem Verhalten getrennt, wobei diese Haftungsgrenze im positiven Recht sowohl für die Staatshaftung [78] wie für die interne [79] und externe [80] Beamtenhaftung festzustellen ist.

2.1 Grobe Fahrlässigkeit

Damit ein schuldhaftes Verhalten als grobfahrlässig bezeichnet werden kann, muss es eine gewisse Schwere aufweisen. Für die Beurteilung der Schwere müssen die gesamten Umstände des einzelnen Falles herangezogen werden [81]. Nach der Formel des Bundesgerichtes [82] verhält sich grobfahrlässig, wer unter Verletzung elementarster Sorgfalts- und Vorsichtsgebote dasjenige Mass an Achtsamkeit unberücksichtigt lässt, das von jedem verständigen Menschen in der gleichen Lage und unter denselben Umständen eingehalten wird [83].

Im BGE 102 (1976) Ib 103 [84] wird ein neues Kriterium aufgeführt, um grobfahrlässiges von leichtfahrlässigem Ver-

---

78 Vgl. VG GR 9 Abs. 1.
79 Vgl. VG des Bundes Art. 8; VG SO 13 Abs. 1; VG SZ 9; HG ZH 14 Abs. 1.
80 Vgl. VG AI 5, 37.
81 BGE 102 (1976) Ib 108.
82 Vgl. z.B. BGE 92 (1966) II 254ff..
83 Vgl. K.OFTINGER I 153 bei FN 90.
84 Das Urteil befasst sich mit der internen Beamtenhaftung aufgrund von Art. 8 des VG des Bundes.

halten abzugrenzen. Danach sollen zwar immer noch die gesamten Umstände des einzelnen Falles berücksichtigt werden. Doch entgegen dieser Prämisse hält das Bundesgericht unter Berufung auf Sinn und Wortlaut des Gesetzes ("Verletzung der Dienstpflicht"[85]) dafür, dass ein schädigendes Verhalten dann grobfahrlässig ist, wenn es derart schwer wiegt, "dass die Verwaltung begründeten Anlass zum Zweifel daran hat, ob der Beamte das Vertrauen, das sie ihm nach seiner amtlichen Stellung muss entgegenbringen können, noch uneingeschränkt verdiene"[86]. Diese Auffassung wirft die bisherigen Abgrenzungsmerkmale samt und sonder über Bord und macht einer haftungsrechtlich fragwürdigen Praxis Platz. Die vom Bundesgericht ins Feld geführten Argumente brechen mit den bisher vertretenen Unterscheidungskriterien in einer Weise, die einer Zäsur gleichkommt und daher nicht unberücksichtigt bleiben kann.

Die vom Bundesgericht in diesem Entscheid angewandte Formel verkehrt, geht man den Dingen auf den Grund, das beabsichtigte Ziel, den Beamten nur für "eindeutig" grobfahrlässiges Verhalten am Schaden zu beteiligen, möglicherweise in sein Gegenteil. Sie führt letztlich nicht zu einer rationalen Begrenzung der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des Beamten, sondern zu einer Rechtsprechung ohne feste Konturen.

---

85 BGE 102 (1976) Ib 108. Vgl. dazu VG des Bundes Art. 8: "Der Beamte haftet dem Bund für den Schaden, den er ihm durch vorsätzliche oder grobfahrlässige Verletzung seiner Dienstpflicht unmittelbar zufügt".

86 BGE 102 (1976) Ib 108.

Das Vertrauen, das einem Beamten von seinen Mitarbeitern und Vorgesetzten entgegengebracht wird, ist ein denkbar ungeeignetes Kriterium, um objektiv beurteilen zu können, ob ein Fehlverhalten noch leicht- oder bereits grobfahrlässig ist. Eine objektive Betrachtung ist mit dieser Methode schlicht nicht möglich. Die Klassifikation des Vertrauensverhältnisses reduziert sich im konkreten Fall auf die Frage, welchen Gehalt die unmittelbar vorgesetzten Stellen der Beziehung zwischen Beamten und der (unpersönlichen) Verwaltung beimessen. Eine derartige Beurteilung wird nicht selten von persönlichen Vorurteilen geleitet und allfällige, willkürliche Bewertungen scheinen unvermeidlich. Ein Vertrauensverhältnis zeichnet sich dadurch aus, dass es oft nur mit irrationalen Momenten erklärt werden kann und daher einer objektiven Beurteilung von dritter Seite kaum zugänglich ist. Indem das Bundesgericht das Treueverhältnis zwischen Verwaltung und Amtswalter als Gradmesser für die Qualifikation eines Fehlverhaltens benützt, delegiert es die Entscheidung in einer Rechtsfrage an die Verwaltung. Das Gericht gibt also nicht nur unbegründeter Weise ihm zustehende Kognitionsbefugnisse preis, es muss sich möglicherweise auch vorwerfen lassen, persönliche Querelen zu Entscheidungsgrundlagen zu machen. Nicht nur die Voraussetzungen, von welchen diese Methode ausgeht, sind fraglich. Ebenso bedenklich sind die Folgen, welche diese Praxis heraufbeschwört.

Die Verquickung des Treueverhältnisses mit der Unterscheidung zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit führt dazu, dass die Verschuldensfrage weder nach objektiven noch nach subjektiven (aus der Sicht des Fehlbaren) Gesichtspunkten beurteilt wird. Ferner bleiben

bei dieser Betrachtungsweise die Umstände des Einzelfalles völlig unberücksichtigt. Das Schadenereignis dient lediglich dazu, abzuschätzen, ob es zu einer veränderten Bewertung des Treueverhältnisses führt. Begutachtet wird also nicht der haftungsrechtliche Tatbestand (die Umstände des Einzelfalles), sondern die Beziehung des Schädigers zum Geschädigten. Danach gilt: Vermochte die Unachtsamkeit, welcher sich der Fehlbare schuldig gemacht hat, das Vertrauensverhältnis nicht ernstlich zu beeinträchtigen, liegt auch kein grobfahrlässiges Verhalten vor. Der Vorwurf der groben Fahrlässigkeit ist nur dann gerechtfertigt - immer nach dieser Rechtsprechung -, wenn die Unachtsamkeit so gross ist, dass gewissermassen die Vertrauensfrage gestellt werden muss, weil das Verhältnis der Beteiligten in seinen Fundamenten erschüttert ist.

Die Abgrenzung zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit ist eine positivrechtlich normierte Rechtstatsache [87] und nicht eine Frage des Gefühls. "Anlass zum Zweifel" und "das Verdienst uneingeschränktes Vertrauen zu geniessen" sind, wenn überhaupt, für die haftungsrechtliche Beurteilung viel zu vage Kriterien. Ferner übersieht das Bundesgericht, dass die "Dienstpflicht" im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen (Art. 8 des VG des Bundes) die Summe verschiedener Amtspflichten ist. Zweifellos stellt die Treuepflicht [88] e i n e Dienstpflicht von besonderem Rang dar und kann deshalb zutref-

---

87 Vgl. z.B. eben Art. 8 des VG des Bundes.

88 Die allgemeine Treuepflicht stellt, vereinfacht ausgedrückt, die Obliegenheit eines Beamten zur getreuen und gewissenhaften Erfüllung der Dienstpflicht dar. - Näheres dazu bei E.M.JUD 92ff..

fend als Grunddienstpflicht bezeichnet werden. Dennoch ist sie nur eine unter mehreren Verbindlichkeiten[89], welche dem Beamten durch das Dienstverhältnis auferlegt sind. Kann heutzutage, wo eine Vielzahl von Beamten dienstlich mit einem Fahrzeug unterwegs ist, bei der Verletzung von Verkehrsregeln nur dann auf den schädigenden Amtswalter zurückgegriffen werden, wenn dieser Vorfall das Vertrauensverhältnis in den Grundfesten erschüttert, so ist kaum ein Tatbestand denkbar, in welchem die vom Bundesgericht aufgezeigten Voraussetzungen erfüllt sind, um den Funktionär am Schaden zu beteiligen. Dies ist höchstens dann der Fall, wenn die Bewertung des Vertrauensverhältnisses eben allzu "persönlich" ausfällt.

Der vom Bundesgericht eingeschlagene Weg ist auch deswegen abzulehnen, weil er zu einer Vermischung von vermögensrechtlicher und disziplinarischer Verantwortlichkeit führt. Die Beeinträchtigung des Vertrauensverhältnisses bildet das charakteristische Merkmal, um disziplinarische Massnahmen zu treffen. Die Disziplinargewalt ist ein Instrument, mit welchem der betreffende Beamte zur Pflichterfüllung angehalten werden kann. Damit lassen sich zwei Ziele verwirklichen: Einmal wird das Vertrauen der Oeffentlichkeit und der politischen Behörden in den Beamtenapparat gestärkt[90]. Andererseits tragen disziplinarische Sanktionen dazu bei, das zwischen Behörden und Beamten bestehende Verhältnis in einer für beide Teile vorteilhaften Form zu sichern.

---

89 Daneben existieren z.B. noch: die Gehorsamspflicht, die Arbeitspflicht (Streikverbot), das Geschenkannahmeverbot. Mehr dazu bei: Th.FLEINER, Grundzüge 393ff.; E.M.JUD 91ff.; G.K.HUG-BEELI 116ff.; R.HOTZ 22f..

90 Vgl. E.M.JUD 89 insbes. FN 23 (mit Verweisung). Gl.M. auch R.HOTZ 104.

Diese Ueberlegungen machen klar, dass das Urteil, was die besprochene Erwägung anbelangt, keinen normativen Charakter haben kann. Es ist nicht damit zu rechnen, dass dieser Entscheid wegweisend sein wird.

2.2 Leichte Fahrlässigkeit

"Leichte Fahrlässigkeit ist jede nicht grobe"[91]. Diese ebenso schlichte wie prägnante Umschreibung unterdrückt die Tatsache, dass in der Praxis die Abgrenzung zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit oft Schwierigkeiten bereitet.

Im Amtshaftungsrecht fallen diese Unsicherheiten besonders ins Gewicht. Gemäss einzelner Amtshaftungserlasse[92] wird nämlich mit dem Urteil über die Schwere des Verschuldens gleichzeitig auch über Sein oder Nichtsein der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit sowohl des Staates als auch derjenigen des Beamten entschieden.

Zur theoretischen Unterscheidung der beiden Vorwurfsformen kann auf die von der privatrechtlichen Doktrin[93] entwickelten Grundsätze verwiesen werden. Sie gelten auch im Amtshaftungsrecht.

---

91 K.OFTINGER I 153.
92 Vgl. z.B. VG GR 5 Abs. 1, VG GR 9 Abs. 1.
93 Vgl. z.B.: DESCHENAUX/TERCIER 78ff.; GUHL/MERZ/KUMMER 172ff.; A.KELLER 69ff.; K.OFTINGER I 138ff.

IV. KAUSALZUSAMMENHANG

Damit das Gemeinwesen bzw. der fehlbare Beamte für einen Schaden haftbar wird, muss u.a. zwischen der Schadenursache und der entstandenen Vermögensbeeinträchtigung eine Beziehung, ein Kausalzusammenhang, bestehen.

1. BEGRIFF

Die Grundsätze der Kausalität sind im öffentlichen und privaten Recht die gleichen[94]. Ausgehend vom natürlichen (naturgesetzlichen) Kausalzusammenhang, grenzt die Rechtswissenschaft mittels juristischer Kriterien den Bereich der rechtlich erheblichen Ursache-Wirkung-Beziehung in angemessener (adäquater) Weise ein. Nach der in der Schweiz herrschenden Lehre[95] von der adäquaten Verursachung ist nicht jede Bedingung eines schädigenden Ereignisses eine adäquate Ursache, ohne welche der eingetretene Erfolg nicht oder nicht in dieser Weise denkbar wäre. Nur Vorgänge, welche nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Erfahrung geeignet sind, den eingetretenen Erfolg zu bewirken, so dass der Eintritt dieses Erfolges als durch die fragliche Ursache wesentlich begünstigt erscheint, sind haftungsbegründend. - Es kann

---

94 C.D.BEZZOLA 94 insbes. FN 3 und die dort zit. Autoren; D.CREUX 160ff.; K.OFTINGER I 72 FN 5; H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 56; BGE 94 (1968) I 643. - Gleich sind demnach im öffentlichen Recht die mit der adäquaten Kausalität zusammenhängenden kontroversen Fragen, vgl. nachstehend sub § 7 IV. 2.1.

95 Vgl. K.OFTINGER I 72 und die dort in FN 5 zit. Autoren. Ferner H.WALDER 144ff. (strafrechtlicher Aspekt).

somit zur Frage der Kausalität auf die von der privatrechtlichen Doktrin[96] erarbeiteten Grundsätze verwiesen werden.

2. KRITIK AN DER LEHRE VOM ADÄQUATEN KAUSALZUSAMMENHANG

Die Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang ist vor allem in Deutschland nicht unwidersprochen[97]. Auch in der schweizerischen Doktrin[98] stösst die Lehre vom adäquaten Kausalablauf teilweise auf Ablehnung[99]. Als Alternative zur Lehre

---

96 Vgl. zur Lehre der adäquaten Kausalität: B. von BUEREN OR AT 54ff.; DESCHENAUX/TERCIER 55ff.; A.KELLER 44ff.; A.MAURER, Privatversicherungsrecht 262ff.; Th.MAURER 15ff. (vgl. die Rezensionen von Alfred MAURER, in: SZS 21 (1977) 96 und P.WIDMER, Notizen 210ff.); K.OFTINGER I 70ff.; BGE 101 (1975) II 73 E. 3. Grundlegend: W.LANZ (durchgehend, vgl. die Rezension von P.WIDMER, Notizen 206ff.); H.LAURI 15ff. (vgl. die Rezension von Alfred MAURER, in: SZS 21 (1977) 93ff.).

97 Vgl. z.B.: B.BENDER 152f. (im Zusammenhang mit der Amtshaftung); H.LANGE 198ff.; ferner die bei K.OFTINGER I 72 FN 5 zit. Autoren.

98 Vgl. aus dem neueren Schrifttum: W.LANZ; H.LAURI 23f.; P.SCHWARTZ.

99 Diese Kritik ist nicht unberechtigt. Aus dem Bereich der Staatshaftung ist z.B. BGE 94 (1968) I 628ff. zu erwähnen: Ein Warenfabrikant erhebt Schadenersatzansprüche gegen den Bund, weil das Starkstrominspektorat infolge pflichtwidriger Unterlassung von Kontrollpflichten zuliess, dass elektrische Apparate ohne das reglementarisch vorgeschriebene Sicherheitszeichen auf den Markt gebracht werden. Da aber die verletzten Bestimmungen ausschliesslich zum Schutz von Personen und nicht zum Schutz vor unlauterem Wettbewerb erlassen wurden, kann sich der Fabrikant nicht darauf berufen, die ungeprüften Apparate hätten seine Marktstellung beeinträchtigt, woraus ihm ein Schaden erwachsen sei. Es fehlt in diesem Bspl. nicht am adäquaten Kausalzusammenhang, wie das BGer. entschied, sondern am fehlenden Rechtswidrigkeitszusammenhang. - Vgl. zu diesem Urteil: M.DESAX 17; DESCHENAUX/TERCIER 73; IMBODEN/RHINOW II Nr. 105 A; M. KUHN 197f.; Hans MERZ, in: ZBJV 106 (1970) 84ff.; B.MUELLER 348f. (ebenfalls die fehlende Adäquanz bejahend); H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 57 insbes. FN 3 (ebenfalls die fehlende Adäquanz bejahend).

vom Adäquaten Kausalzusammenhang" [100] werden etwa die "Lehre vom Normzweck" bzw. die "Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang" (Rwz) vorgeschlagen, welche im folgenden kurz gestreift werden [101/102].

2.1 Alternativen zur Lehre vom adäquaten Kausalablauf

Die beiden Theorien vertreten den Standpunkt, dass die Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang nicht für eine sachgerechte Abgrenzung zwischen den dem Handelnden noch zurechenbaren und den ihm nicht mehr zurechenbaren Schadenursachen garantiere. Es wird verlangt, dass das von der Rechtsprechung verwendete, auf ein Wahrscheinlichkeitsurteil ("gewöhnlicher Lauf der Dinge", "allgemeine Lebenserfahrung") abstellende Merkmal der Adäquanz [103] durch eine wertende Beurteilung der den Ersatzanspruch

---

100 So der Titel der Arbeit von W.LANZ. - Die vom Autor gemachten Vorschläge lehnen sich stark an deutsche Vorbilder an, vgl. den informativen Ueberblick über den Stand der Diskussion in der BRD bei H.LANGE 198ff.. - Vgl. auch H.LAURI 24ff..

101 Abgesehen von gewissen Nuancierungen stimmen die Lehre vom Normzweck und die Lehre vom Rwz bezüglich rechtswidriger Vermögensbeeinträchtigungen im Ergebnis überein. - Die Lehre vom Normzweck geht gegenüber der Lehre vom Rwz insofern weiter, als sie auch auf die Haftung für rechtmässige Schädigungen anwendbar ist (vgl. z.B.: MO 23, dazu R.BINSWANGER 316f.; H.M.KUNZ 48f.). Nach der Lehre vom Normzweck (Normzwecktheorie) ist zu untersuchen, ob die im Einzelfall zur Ersatzpflicht herangezogene Norm die zu beurteilende Rechtsverletzung auch zu schützen bezweckt. Kann anhand des Zweckes einer Norm eine Wirkung noch dem Setzer einer Ursache zugerechnet werden oder nicht, lautet die sich stellende Frage. - Die Lehre vom Rwz fasst die Frage enger und klärt das Verhältnis des entstandenen Schadens zum Unwerturteil des die Ersatzpflicht auslösenden Verhaltens ab, vgl. H.LANGE 202f..

102 W.LANZ 105 FN 283 erblickt zwar zwischen seiner Normzwecklehre und der Lehre vom Rwz Unterschiede, gesteht aber ein, dass beide "im Ergebnis zu einem ähnlichen Schluss" gelangen.

103 Vgl. z.B. W.LANZ 35f., 90.

begründenden Haftungsnorm abgelöst oder ergänzt werde. Gemäss der geforderten, wertenden Betrachtungsweise stehen ein Verhalten und ein entstandener Schaden nur dann in einer Ursache-Wirkung-Beziehung, wenn die entstandene Vermögensbeeinträchtigung einen Nachteil darstellt, den die haftungsbegründende Norm auch zu schützen bezweckt. Die Lehren bauen auf der Erkenntnis, dass ein Verhalten nicht alle denkbaren Rechtsgüter gefährdet und keine Handlung die Gefahr aller denkbaren Schädigungsarten[104] herbeiführt[105]. Ein Schädiger hat daher nur für die voraussehbaren Folgen seines schuldhaften Verhaltens einzustehen[106/107/108].

Im Prüfstand der Prämisse, dass hinter jeder Haftungsnorm eine dem Schutz bestimmter Interessen dienenden

---

104 Vgl. z.B.: BGE 75 (1949) II 68ff.: Arbeiter lassen auf einem abgezäunten Bahnkörper Stangen liegen. Ein 15-jähriger Junge überklettert die Abschrankung (was nicht schwierig ist), ergreift eine der Stangen, hält sie gegen eine Hochspannungsleitung und erleidet schwere Verbrennungen. Nach der Lehre vom Rwz kann der Ausschluss der Haftung dadurch begründet werden, dass ein Unwerturteil der Rechtsordnung bezüglich dem Herumliegenlassen von Stangen (Unterlassen der Gefahrenabwehr) sich beispw. auf eine Schädigung infolge Stolpern beziehen würde, nicht dagegen darauf, dass ein 15-jähriger Junge herumliegende Stangen dazu benützt, um sie gegen eine Hochspannungsleitung zu halten. Das BGer. verneinte den adäquaten Kausalzusammenhang. - Vgl. zu diesem Urteil: Theo GUHL, in: ZBJV 86 (1950) 566 (in anderem Zusammenhang); A.KELLER 51.

105 Diese Feststellungen ergeben sich vor allem für die Lehre vom Rwz, vgl. H.LANGE 202.

106 W.LANZ 205 Pkt. 2.

107 W.LANZ 87 beurteilt das Verschulden im Sinne des objektivierten Verschuldensbegriffes (vgl. vorn § 7 III.), kritisch dazu P.WIDMER, Notizen 208.

108 Damit diese Thesen auch auf Kausalhaftungstatbestände anwendbar sind, wird dem Begriff der Kausalität ein subjektives Element beigemischt (P. SCHWARTZ 3) und argumentiert: "Es darf und muss vielmehr als Wille jedes eine Kausalhaftung begründenden Gesetzes angenommen werden, dass diese nur im Umfang der dem haftungsbegründenden Verhältnis innewohnenden besonderen Gefahr gelten soll. Mit dem Begriff der Gefahr ist aber derjenige der Voraussehbarkeit untrennbar verbunden" (P.SCHWARTZ 13 und ihn zitierend W.LANZ 203).

Verhaltenspflicht stehe, werden diese Erkenntnisse auf ihre haftungsrechtliche Relevanz hin untersucht, mit dem Ergebnis, dass der Handelnde nur für die Beeinträchtigung derjenigen Rechtsgüter haftet, deren Schutz die verletzte Norm bezweckt. Er soll lediglich für jene Folgen einstehen, denen die fragliche Norm auch vorbeugen will. Damit soll verhindert werden, "dass der Richter vorschnell in den freien Raum von Treu und Glauben und in ein 'verschwommenes Billigkeits- und Zumutbarkeitsdenken' ausweicht, wodurch das sich stellende Rechtsproblem nur leicht verfehlt oder umgangen würde, so dass die Entscheidung dann letztlich auf einer subjektiven und nicht mehr überprüfbaren Billigkeitserwägung des einzelnen Richters beruhen müsste" [109].

2.2 Stellungnahme zu den Alternativen zur Lehre vom adäquaten Kausalablauf

Beide Lehren enthalten durchaus brauchbare und, wie sich zeigen wird[110], gerade für die Rechtswidrigkeitsproblematik im Amtshaftungsrecht beachtenswerte Gedanken. Sie ermöglichen ferner, einige in Anwendung der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang gefällte Urteile vom Beigeschmack des Ungewissen oder Zufälligen zu befreien. Besonders wertvoll scheint mir die Einsicht zu sein, dass bei der haftungsrechtlichen Beurteilung eines Problems, betreffe das nun die Frage des Kausalzusammenhanges oder diejenige der Widerrechtlichkeit, der zu fällende Entscheid durch die Art und Weise der Schädigung zu relativieren ist. Die Schwächen dieser Lehren bestehen darin, dass sie als Bewertungsmassstab des Verhältnisses

---

109 W.LANZ 209f. insbes. FN 472.
110 Vgl. hinten § 7 V. 4.2.

zwischen Handlung und Erfolg den Zweck der haftungsbegründenden Norm verwenden. Zwangsläufig stellt sich die Frage, nach welchen Kriterien der Zweck einer Norm eruiert werden kann. Dazu die folgenden Bemerkungen:

Keine Probleme ergeben sich bei der Beantwortung dieser Frage für die sog. Schutzgesetze [111]. Schutzgesetze enthalten Normen, welche selbst über die hinter einem Rechtssatz stehenden Verhaltenspflicht und den durch diese abgesteckten Schutzbereich orientieren. In dieser Art informieren Spezialgesetze, die haftungsrechtlich einen sachlich eng begrenzten Verantwortungsbereich regeln. So bezwecken beispielsweise Bestimmungen betreffend die Ersatzpflicht gegenüber unschuldig Festgenommenen [112], die durch Untersuchungsmassnahmen entstandenen Nachteile (Beeinträchtigungen der persönlichen Freiheit) auszugleichen. Aus dem Normzweck wird ersichtlich, dass eine Ersatzpflicht für Körperverletzungen, welche der Gefangene infolge mangelhafter Gefängniseinrichtungen erleidet, nicht unter diese Bestimmungen subsumiert werden kann.

Schwierigkeiten entstehen jedoch bei den als "allgemeine Haftungsnorm" bezeichneten Generalklauseln, wie OR 41 eine darstellt. Da der Schutzbereich der allgemeinen Haf-

---

111 Vgl. zum Begriff "Schutzgesetz" im Unterschied zur sog. allgemeinen Haftungsnorm, d.h. einer Bestimmung, die ihrer Allgemeinheit wegen nicht über ihren Schutzzweck orientiert: W.LANZ 159ff.; ferner K.OFTINGER I 131 FN 19; H.MERZ 321f. (sinngemäss).

112 Vgl. z.B.: KV BE (vom 4.6.1893), Art. 73 Abs. 3; KV ZH (vom 18.4.1869), Art. 7 Abs. 3; KV UR (vom 6.5.1888), Art. 30; StPO GR 161. Vgl. ferner Pra 66 (1977) Nr. 116 S. 284ff. - Vgl. grundsätzlich dazu E.FISCHLI 369aff..

tungsnorm ein viel umfassenderer ist als derjenige von Schutzgesetzen, sind die dahinterstehenden Pflichten nicht ohne weiteres erkennbar. Sie müssen im einzelnen Fall erst hergeleitet werde. Woher? - Der Nachweis, "dass die allgemeinen Haftungsnormen geschichtlich, aber auch funktionell betrachtet, zusammengesetzte Schutzgesetze sind, welche die Schutzbereiche zahlreicher Einzelnormen zusammenlegen, sie in einer ihrem Gesamtsinn entsprechenden höheren Einheit, aber nicht in einer ihrem ursprünglichen Wesen fremden Totalität aufgehoben haben"[113], mag rechtstheoretisch gesehen zutreffen. In der Praxis bringt aber auch er keine Lösung. Vor allem lässt sich nicht vermeiden, dass der Richter im Einzelfall nach wie vor in Würdigung der Grundsätze der gesamten Rechtsordnung entscheiden muss, ob die haftungsbegründende (allgemeine) Norm das verletzte Rechtsgut schützen bzw. das schadenauslösende Verhalten verbieten will. Zum Wesen des Schadenersatzrechts gehört, dass auf der Gesetzgebungsstufe mit allgemeinen Haftungsnormen (Generalklauseln) gearbeitet wird. Haftpflichtrecht ist Fallrecht. Das Gros der Haftpflichtfälle wickelt sich über Generalklauseln als haftungsbegründende Normen ab. Gerade in bezug auf die allgemeinen Haftungsnormen zeichnen sich die besprochenen Lehren durch Schwächen aus. Gänzlich versagen müssen die auf den Normzweck abstellenden Theorien dort, wo ungeschriebene Verhaltenspflichten die Grundlage eines Ersatzanspruches bilden. Das trifft insbesondere für den Gefahrensatz zu, der auch im öffentli-

---

113 W.LANZ 161 insbes. FN 376.

chen Recht [114] gilt. Er ist ein Grundsatz des ungeschriebenen Rechts und besagt, dass derjenige, "der einen gefährlichen Zustand schafft oder unterhält, für die nötigen Schutzmassnahmen zu sorgen hat" [115]. Die Frage nach der Reichweite des Gefahrensatzes ist heute in der Diskussion [116] in bezug auf die Haftung des Staates für schädigende Einwirkungen aus polizeilichen Massnahmen ein zentrales Problem [117].

---

114 Gl.M. z.B.: F.GYGI, Staatshaftung und Verwaltungsrechtspflege 232 bei FN 33; O.K.KAUFMANN, Verantwortlichkeit der Beamten 330a; ders., Haftung des Staates 570; M.KUHN 173 insbes. FN 4 (die Geltung des Gefahrensatzes aus BV 4 ableitend); B.MUELLER 351f.; M.REHBINDER, Gutachten 16; H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 53 (die Geltung des Gefahrensatzes aus BV 4 ableitend).

115 K.OFTINGER I 129, vgl. insbes. FN 9.

116 Vgl. aus dem schweizerischen Schrifttum: H.M.KUNZ v.a. 16ff., 33ff. (mit Hinweisen auf die deutsche Doktrin); MERZ/ROOS v.a. 317ff.; H. R.SCHWARZENBACH, Schäden aus Tumulten und Terrorakten 238ff.; ferner Botschaft zum BG über die Einführung sicherheitspolizeilicher Aufgaben des Bundes (vom 20.6.1977), in: BBl 129 (1977) II 1279ff., v.a. S. 1293 und S. 1301 (Art. 6 Abs. 2 des Entwurfes betr. die Verantwortlichkeit); vgl. in diesem Zusammenhang auch das P von NR REINIGER: "Opfer von Gewaltverbrechen, Entschädigung", P 75. 351/ N 18.12 75. - Aus dem neueren deutschen Schrifttum vgl. z.B.: Peter KLOSE, Notrecht des Staates aus staatlicher Rechtsnot (Zum rechtlichen Funktionszusammenhang zwischen Notwehr und Gefahrenabwehr), in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Berlin/New York) 27 (1977) 61ff., vgl. S. 68f.; Fritz SYDOW, Verbrechensbekämpfung nach neuem Recht (Kritisch zum Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes), in: ZRP 10 (1977) 119f., vgl. S. 124; H.-J.VOGEL 31f..

117 Aufgabe der Polizei ist es u.a. für Ruhe und Ordnung zu sorgen, Gefahren abzuwehren oder zu verhindern sowie eingetretene Störungen zu beseitigen. Die Bedeutung der Staatshaftung i.V.m. der polizeilichen Tätigkeit kann dann abgeschätzt werden, wenn man sich - eingedenk der polizeilichen Aufgaben - die Schädigungen vorstellt, die im Zusammenhang mit Massenkundgebungen entstehen. Heute, da öffentliche Veranstaltungen und Versammlungen (Juraproblem, Atomkrafwerkproblem etc.) oft mit Krawallen und Schlägereien enden, da der Polit-Terror um sich greift und der Staat mit Menschenleben von Bürgern erpresst wird, werden immer mehr "Unbeteiligte" durch solche Ereignisse geschädigt. Die sich dabei stellenden Fragen lauten: Hat die Polizei ihre Aufgaben vernachlässigt und damit eine Amtspflichtverletzung begangen, wofür sie, resultiert daraus ein Schaden, einzustehen hat? Hat sie die Gefahren, die die öffentliche Ruhe und Sicherheit beeinträchtigen, nicht rechtzeitig erkannt oder nicht mit den geeigneten Mitteln verhindert, obwohl dies bei einer richtigen Einschätzung der Sachlage möglich gewesen wäre? - M.E. darf in diesem Zusammenhang nicht vergessen werden, dass solchen Massenkundgebungen und Terrorakten eine gewisse Eigengesetzlichkeit innewohnt. Dieser Umstand muss bei der Beantwortung der Frage der Staatshaftung für polizeiliche Gefahrenabwehr, speziell beim Problem der Widerrechtlichkeit polizeilicher Handlungen oder Unterlassungen, in Rechnung gestellt werden. Es dürfen an die Haftung wegen Unterlassung zumutbarer polizeilicher Massnahmen bzw. an die Haftung für Schäden bei Polizeieinsätzen zur Abwehr solcher Gefahren nicht allzu strenge Anforderungen gestellt werden. Hier zeigen sich die beiden Interessengegensätze besonders deutlich, zwischen denen das Haftpflichtrecht auszugleichen versucht: Dem Interessen an der Erhaltung der Freiheit (Persönlichkeitsrechte, Eigentum) steht das Interesse an der Entfaltung der Freiheit gegenüber (vgl. dazu auch E.GRISEL 110). Eine zu weit reichende Verantwortlichkeit für Schädigungen infolge von Polizeiverhalten könnte sich leicht als polizeistaatlicher Bummerang erweisen. Damit spreche ich mich nicht dagegen aus, dass in solchen Fällen "unbeteiligten Geschädigten" aus "Billigkeitserwägungen" (vgl. H.R. SCHWARZENBACH, Schäden aus Tumulten und Terrorakten 250) eine Entschädigung ausgerichtet wird. Ich meine lediglich, dass eine zu strenge Haftung leicht dazuführen könnte, dass die Polizei, um solche Haftungsfälle zu vermeiden, voreilig (Verdacht, Ueberwachung) dazu neigen könnte, die persönliche Freiheit des Einzelnen zu sehr einzuschränken. Bei der zeitgemässen Ausgestaltung eines Staatshaftungserlasses muss dieser Problemkreis in einer speziellen Bestimmung geregelt werden. - Vgl. zum Anspruch auf Polizeischutz Th.FLENER, Grundzüge 132f..
Informativ zu dieser Problematik H.-J.VOGEL 31f.: "In einem gewissen Zusammenhang mit dem Staatshaftungsrecht steht das Tumultschadenrecht. ... Die Gründe dafür, warum die Sicherheitskräfte im einzelnen Fall nicht eingesetzt werden oder der Einsatz erfolglos bleibt, sind vielfältiger Art und im Rahmen des im Polizeirecht geltenden Opportunitätsprinzips legitim. Häufig ist der Staat jedoch auch mangels sachlicher oder personeller Mittel ausserstande, die Gefahrenlage abzuwenden. Grundsätzlich ist aber die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit ein Wesenselement der Rechtsstaatlichkeit. Ein Verstoss gegen diese Gewährleistung lässt es rechtspolitisch geboten erscheinen, dem Staat in solchen Fällen unzureichenden öffentlichen Schutzes die finanzielle Verantwortung für eingetretene Schäden aufzuerlegen".

2.3 Die Aufnahme der Lehren vom Normzweck bzw. derjenigen vom Rwz in der schweizerischen Doktrin

Die folgenden, wenigen Bemerkungen beschränken sich auf Stellungnahmen durch die privatrechtliche Doktrin [118]. Im Schrifttum zum Amtshaftungsrecht wurden diese Lehren bisher nicht besprochen:

In der privatrechtlichen Literatur werden die Lehre vom Normzweck und diejenige vom Rwz grundsätzlich positiv aufgenommen. Freilich wird betont, dass den beiden Theorien deshalb keine selbständige Bedeutung zukomme, weil die Praxis deren Grundsätze bei der Entscheidfindung bereits berücksichtige [119]. Hervorgestrichen wird die Begrenzung der Haftung mittels Abstellen auf den Normzweck, besonders im Zusammenhang mit den sog. Reflexschäden [120].

2.4 Die Bedeutung der Lehre vom Normzweck bzw. derjenigen vom Rwz im Amtshaftungsrecht

Die Gründe, welche im speziellen gegen diese Lehren sprechen, wurden vorn [121] erwähnt. Beizufügen ist, dass es heute keine Lehre [122] gibt, welche allein in befriedigender Weise die Frage der Schadenzurechnung zu lösen vermag.

---

118 Vgl. z.B.: M.DESAX 14; Th.MAURER 20, 22; H.MERZ 319f.; K.OFTINGER I 132 FN 27.

119 Vgl. H.MERZ 320; K.OFTINGER I 132 FN 27; B.BENDER 153. - Die Bedeutung des Schutzzweckes der verletzten Norm betont K.OFTINGER I 131 hinsichtlich des von ihm geprägten Begriffs der Widerrechtlichkeit i.w.S..

120 Vgl. zu den Reflexschäden: eingehend A.FREI 96ff., 115; M.DESAX 14f.; H.MERZ 322f.; K.OFTINGER I 64f., 133 bei FN 33. Ferner BGE 101 (1975) Ib 252ff. (dazu: Hans HUBER, in: ZBJV 113 (1977) 99; Hans MERZ, in: ZBJV 113 (1977) 179f.); BGE 102 (1976) II 88 E. 6 (mit Verweisung auf Lehre und Rechtsprechung).

121 Vorn § 7 IV. 2.2.

122 Vgl. die neuerdings in Deutschland vertretene Lehre von der Sozialadäquanz, dazu: M.DESAX 22ff.; K.OFTINGER I 136 FN 42.

Diese Tatsache erstaunt angesichts der komplexen Materie nicht. Trotz dieser Vorbehalte, welche man den beiden Lehren entgegenbringt, enthalten diese Theorien wertvolle Anregungen, die es bei der Verwirklichung einer zeitgemäss verstandenen Staatshaftung zu berücksichtigen gilt.

So können etwa in Anlehnung an die Lehre vom Normzweck und diejenige vom Rwz folgende Gesichtspunkte für das Amtshaftungsrecht formuliert werden:

Wirtschaftlich und rechtlich gesehen, lautet die Frage der Schadenzurechnung immer: Wer soll in welchem Umfang letztlich den Schaden tragen? Auszugehen ist bei der Beantwortung dieser Frage vom Grundprinzip des Haftpflichtrechts, das seinen Niederschlag im Satz: casum sentit dominus [123] findet. Die Grundlage der Schadenzurechnung bildet die Gesamtheit der einem Rechtssubjekt zustehenden Rechte, seine Rechtssphäre also. Die Aufgabe der Rechtsordnung besteht darin, den Schutzbereich abzustekken, bei dem es nicht bei diesem Satz verbleiben und der Geschädigte seine Vermögensbeeinträchtigung von einem anderen ersetzt bekommen soll. Dem Schutzbereich des Geschädigten entspricht der Verantwortungsbereich des präsumtiven Haftenden. Letzterer kann mit dem Verhaltensgebot "alterum non laedere" umschrieben werden. Die Schutzwürdigkeit einer Rechtsverletzung [124] ist Teilinhalt des Verantwortungsbereiches eines Verhaltens. Die Reich-

---

123 Vgl. dazu D.von SCHENK 80ff., 166ff., vorn § 2 III. 2..

124 Die Schutzwürdigkeit einer Vermögensbeeinträchtigung wird bestimmt durch die Art des verletzten Rechts, vgl. § 7 V. 4.2.2.

weite eines Verantwortungsbereiches wird ferner durch die Art und Weise eines schädigenden Verhaltens[125)] bestimmt und zugleich relativiert. Dasselbe verhalten kann, falls mehrere Personen davon betroffen sind, den einen gegenüber rechtmässig, den anderen gegenüber widerrechtlich sein. Diesen Bereich im Einzelfall auszuloten, ist Aufgabe einer differenzierten Betrachtung der Zusammenhänge zwischen der schadenauslösenden Verrichtung, der dadurch herbeigeführten Gefahrenlage und dem letztlich entstandenen Schaden.

Versucht man, das Verhältnis zwischen dem Schutzbereich des Geschädigten und dem Verantwortungsbereich des Schädigers in einem allgemeinen Haftungsrpinzip zu erfassen, so muss Klarheit über die Grundlagen der Haftung bestehen. Die Systemgrundlage der öffentlichrechtlichen Haftungsordnung ist durch die fehlende qualitative Aequivalenz zwischen dem Hoheitsträger als Schädiger und dem Privaten als Geschädigtem gekennzeichnet. Das Subordinationsverhältnis prägt die öffentlichrechtliche Haftungssphäre. Es gilt ferner zu bedenken, dass das Gemeinwesen seine Aufgaben nicht erfüllen kann ohne eine gewisse Gefahr, fremde Rechte zu beeinträchtigen.

---

125 Damit sind die Umstände des Einzelfalles angesprochen, vgl. hinten § 7 V. 4.2.2 a.E..

V. WIDERRECHTLICHKEIT

1. PROBLEMATIK

1.1 Der Begriff der Widerrechtlichkeit (= Rechtswidrigkeit)

1.1.1 Im allgemeinen

"Widerrechtlich" heisst wörtlich genommen "wider das Recht", also Unrecht. Damit ist wenig ausgesagt. Vor allem ist dieser Deutung keine juristisch klar erfassbare Aussage zu entnehmen. Lehre und Rechtsprechung haben versucht, den Widerrechtlichkeitsbegriff gehaltvoller zu umschreiben. Die h.L. im Privatrecht [126/127] erachtet ein Verhalten dann als widerrechtlich, wenn es gegen Gebote und Verbote verstösst, die dem Schutz des verletzten Rechtsgutes[128] dienen. Verbote und Gebote, die

---

126 Die h.L. (vgl. die Zusammenstellung bei K.OFTINGER I 128 FN 4; M.DESAX 13f. insbes. die FN 5-7) bekennt sich zur sog. objektiven Widerrechtlichkeitstheorie, deren Wesensmerkmal die Rechtsgutverletzung darstellt (vgl. H.MERZ 324). - K.OFTINGER I 128ff. unterscheidet zwei (objektive) Widerrechtlichkeitsbegriffe, nämlich die Widerrechtlichkeit i.w.S. und diejenige i.e.S..

127 Neben der objektiven wird eine subjektive Widerrechtlichkeitstheorie vertreten (vgl. dazu: M.DESAX 13; eingehend E.KAENZIG 70ff.; Th.MAURER 19; K.OFTINGER I 129 FN 4). Die subjektive Widerrechtlichkeitstheorie ist zu unterscheiden von der Theorie der "subjektiven Rechtswidrigkeit" (!) (vgl. dazu K.OFTINGER I 135; eingehend M.DESAX 19f., der diese vom Schuldvorwurf abhängige Lehre vertritt). - Eine Mittelstellung zwischen objektiver und subjektiver Widerrechtlichkeitstheorie nimmt H.MERZ 324 ein.

128 Zu unterscheiden ist zwischen a b s o l u t e n Rechten (= dingliche Rechte: z.B. Besitz (ZGB 919ff.), Eigentum (ZGB 641ff.); immaterielle Güterrechte: z.B. Patente, Muster, Modelle; Persönlichkeitsrechte: z.B. Leib, Leben, Gesundheit) und r e l a t i v e n (obligatorischen) Rechten (z.B. das Vermögen, Forderungen, Anwartschaften auf künftigen Gewinn, insofern dieser nach dem gewöhnlichen Lauf der Ereignisse zu erwarten ist).

"ein, Schädigungen vermeidendes, Verhalten vorschreiben"[129], ergeben sich aus der gesamten schweizerischen Rechtsordnung. Darunter ist geschriebenes[130] wie ungeschriebenes[131], öffentliches wie privates, eidgenössisches wie kantonales oder kommunales Recht zu verstehen.

Der objektive Widerrechtlichkeitsbegriff wird grundsätzlich auch für die originäre Staatshaftung[132] vertreten.

---

129 K.OFTINGER I 128.

130 Geschriebenes i.S.v. gesetztem Recht, ist Recht, das von der zur Normierung kompetenten Behörde in einem dafür vorgeschriebenen Verfahren erlassen wurde.

131 Ungeschriebenes Recht ist nicht gesetztes Recht. Man unterscheidet herkömmlich drei Formen: Gewohnheitsrecht, Praxis, Allgemeine Rechtsgrundsätze (vgl. ZGB 1 Abs. 2f.).

132 Vgl. statt vieler: H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 40f.; die bei M.REHBINDER, Festschrift 408 in FN 23 zit. Autoren; BGE 94 (1968) I 642f.. - A.M. sind: C.D.BEZZOLA 104 ("Das Element der Rechtswidrigkeit ist im privaten und im öffentlichen Schadenersatzrecht der Schweiz ein naturgemäss verschiedener Begriff."); Th.FLEINER, Grundzüge 316 ("Zu Unrecht wird im öffentlichen Recht die Widerrechtlichkeit allein von der Rechtsgutverletzung abhängig gemacht wie im Privatrecht.").

Der Einzelfall[133] macht jedoch deutlich, dass diese Auffassung in der Praxis bei weitem nicht konsequent angewandt wird [134].

1.1.2 Im Amtshaftungsrecht im besonderen

Mit Fug kann behauptet werden, dass die Umschreibung des Widerrechtlichkeitsbegriffes im Amtshaftungsrecht eine ungelöste Frage darstellt. Das

---

133 Das BGer. vertritt bzgl. Art. 3 Abs. 1 des VG des Bundes grundsätzlich die Theorie der objektiven Widerrechtlichkeit (BGE 94 (1968) I 642ff. E. 5; BGE 91 (1965) I 452f. E. 3). - Die Interpretation dieser Theorie ist jedoch vieldeutig. Eine klare Praxis hat sich nicht herausgeschält. Diesen Eindruck gewinnt man, wenn man einige Urteile analysiert:
- Das BGer. betont, es sei für die Beurteilung der Widerrechtlichkeit auf den Schutz des verletzten Rechtsgutes abzustellen. Doch verneint das BGer. beim Vorliegen einer verletzten Amtspflicht, die nicht dem Schutz des beeinträchtigten Rechtsgutes dient, dann plötzlich den adäquaten Kausalzusammenhang (BGE 92 (1966) I 516ff.; vgl. dazu F. GYGI, Staatshaftung und Verwaltungsrechtspflege 231 bei FN 29; Hans HUBER, in: ZBJV 103 (1967) 529; K.OFTINGER I 80). - Ferner BGE 94 (1968) I 643.
- Gelegentlich wird vom verletzten Rechtsgut (Erfolgsunrecht) ausgegangen und erwähnt, dass dort, wo sich die Missachtung von Dienstvorschriften über den internen Bereich zum Nachteil Dritter auswirke, den Geschädigten nicht verwehrt sein könne, "sich zur Begründung ihrer Ansprüche zumindest mittelbar auf jene Vorschriften zu berufen", (BGE 89 (1963) II 47; i.d.S. auch BGE 93 (1967) I 74).
- Bisweilen stellt das BGer. für die Beurteilung der Widerrechtlichkeit lediglich auf das schädigende Verhalten (Verhaltensunrecht) ab, indem es feststellt: "Das gewählte Vorgehen war vorschriftsgemäss", (BGE 100 (1974) Ib 12; i.d.S. auch BGE 93 (1967) I 74).
- Oft beruft sich das BGer. auf das Legalitätsprinzip. Es qualifiziert die Widerrechtlichkeit dann als Gesetzwidrigkeit (BGE 95 (1969) I 288; BGE 98 (1972) Ia 18f.. Vgl. auch die umgekehrte Praxis, wo trotz gesetzlichem Haftungsausschluss Teilentschädigungen geleistet wurden. Näheres bei O.K.KAUFMANN, Sigriswil 68).
- Wie wenig die Rechtsprechung die Widerrechtlichkeitsproblematik im Griff hat, verdeutlicht der Satz: "L'exercice de la souverénité ne constitue pas en soi un acte contraire au droit, même si un dommage en découle" (BGE 96 (1970) II 346).

134 Gl.M. sind z.B.: M.KUHN 178 insbes. FN 2 (der Autor setzt sich eingehend mit der Praxis zu Art. 3 VG des Bundes auseinander, vgl. S. 173 ff.); H.R.SCHWARZENBACH, Schäden aus Tumulten und Terrorakten 239.

Schrifttum dazu füllt zwar dicke Bände. Die theoretischen Auseinandersetzungen haben bisher aber kaum praktische Ergebnisse gezeitigt. Eine h.L. kann nicht aufgeführt werden. Die vorhandenen Schwierigkeiten sind treffend umschrieben, wenn festgestellt wird [135], dass "abwechslungsweise von Widerrechtlichkeit, objektiv widerrechtlichem Handeln, pflichtwidrigem Handeln, fahrlässiger Pflichtverletzung und fahrlässig widerrechtlichem Handeln gesprochen" werde.

Die terminologische Vielfalt scheint grenzenlos. Kurant sind etwa die Ausdrücke: "Rechtswidrigkeit im weiteren Sinn und im engeren Sinn" [136], "formelle und materielle, mittelbare und unmittelbare Widerrechtlichkeit" [137], "Gesetzwidrigkeit" [138], "Amtspflichtverletzung" [139] oder "amtspflichtgemässes rechtswidriges Verhalten" [140]. Diese bunte Palette von Umschreibungen zeugt nicht nur von terminologischen Schwierigkeiten. Sie veranschaulicht auch die vorhandenen Unsicherheiten und Verwechslungen.

---

135 F.GYGI, Staatshaftung und Verwaltungsrechtspflege 231 FN 29, das Zitat bezieht sich auf BGE 92 (1966) I 522ff..

136 So M.KUHN 173ff..

137 So H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 44; Th.FLEINER, Grundzüge 317.

138 So C.D.BEZZOLA 101; H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 41.

139 So F.GYGI, Staatshaftung und Verwaltungsrechtspflege 231; R.HOTZ 101, 192; M.REHBINDER, Festschrift 409; E.ZUEST 133 (spricht sinngemäss von "Dienstpflichtverletzung").

140 So IMBODEN/RHINOW II Nr. 107 B III; O.K.KAUFMANN, Haftung des Staates 573; M.KUHN 223ff.; B.MUELLER 350; M.REHBINDER, Festschrift 409; H.R. SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 41.

1.2 Die Behandlung des Widerrechtlichkeitsproblems in dieser Arbeit

Selbstverständlich ist nicht beabsichtigt, hier sämtliche offenen Fragen erneut aufzurollen. Die nachstehenden Ausführungen legen weder den Stand von Lehre und Forschung dar, noch gehen sie näher auf die Rechtsprechung ein. Insbesondere werden nicht spezielle Fallgruppen der Widerrechtlichkeit behandelt[141]. Ebenfalls ausser Betracht bleiben die Haftungsausschliessungsgründe[142]. Für diese Fragen verweise ich auf die reichhaltige Literatur[143]. Gegenstand der folgenden Bemerkungen ist das Problem der sog. "amtspflichtgemässen-rechtswidrigen Schadensakte". Mit Hilfe der Idee der originären Staatshaftung im rechtsdogmatischen Sinn wird versucht, Licht in den scheinbaren begrifflichen Widerspruch zu bringen. Von Erfolg gekrönt würde dieser Versuch bereits dann sein, wenn er zur Klä-

---

141 Vgl. die bei M.KUHN 180ff.; M.H.KUNZ 12ff., 33ff.; H.R.SCHWARZENBACH, Schäden aus Tumulten und Terrorakten 239ff., erwähnten Fallgruppen, Widerrechtlichkeit wegen: passivem Verhalten, Ermessensüberschreitung, Ermessensmissbrauch, Verletzung von Dienstvorschriften, Verletzung der guten Sitten, Verletzung von Kontrollpflichten, Verletzung von allgemeinen Amtspflichten, Verletzung in den persönlichen Verhältnissen, Polizeieinsätzen.

142 Vgl. die Rechtfertigungsgründe: Notwehr, Notstand (Polizeinotstand), Selbsthilfe, Wahrung berechtigter Interessen, Einwilligung des Verletzten, dazu: M.H.KUNZ 41ff.; H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 42; M.KUHN 223 FN 3.

143 Vgl. (als Literaturauswahl) zur Widerrechtlichkeitsproblematik im schweizerischen Amtshaftungsrecht: C.D.BEZZOLA 100ff.; R.BINSWANGER 37ff.; BOTSCHAFT TG 16f.; D.CREUX 145ff.; Th.FLEINER, Grundzüge 317f.; Z.GIACOMETTI, Allg. Lehren 520ff.; A.GRISEL 421, 428f.; U.GUENG, Entschädigungspflicht 203f.; F.GYGI, Staatshaftung und Verwaltungsrechtspflege 228ff.; E.HIS 36ff.; R.HOTZ 101ff., 191; IMBODEN/RHINOW II Nr. 105 B VI, Nr. 107 B; O.K.KAUFMANN, Verantwortlichkeit der Beamten 325aff.; ders., Haftung des Staates 570ff.; ders., Sigriswil 66ff.; H.P.KAUL 113ff.; M.KUHN 173ff.; M.H.KUNZ 12ff., 33ff.; MERZ/ROOS 319ff.; B.MUELLER 346ff.; PROTOKOLL 1ff.; M.REHBINDER, Gutachten 16f.; ders., Festschrift 408ff.; P.U.ROSENSTOCK 23ff, 156ff.; A.SAGER 100ff.; P.SALADIN, Grundrechte 196f.; H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 41ff.; ders., Schäden aus Tumulten und Terrorakten 239ff.; A.SPRECHER von BERNEGG 149ff.; M.STREICHENBERG 168ff.; W.THALMANN 322ff.; W.ZEHNTNER 32ff.; E.ZUEST 133ff.; H.ZWAHLEN SJK Nr. 373 S. 1ff..

rung des Ursprungs der Problematik führen sollte. Lösungen dürfen also nicht erwartet werden. Erst eine weitere Frage wird es gegebenenfalls sein, ob die aufgezeigten Richtlinien auch in der Praxis verwertbar sind.

Die Eröterungen knüpfen an die bisher gewonnenen Erkenntnisse an. Einer "Problemanalyse" folgt die Beschreibung des "gegenwärtigen Rechtszustandes". Daran fügt sich der "Soll-Zustand", in welchem die Feststellungen zum gegenwärtigen Rechtszustand mit der Idee der originären Staatshaftung im rechtsdogmatischen Sinn konfrontiert werden.

2. PROBLEMANALYSE

Es sticht ins Auge, dass im schweizerischen Amtshaftungsrecht Unsicherheit über die Reichweite des Widerrechtlichkeitsbegriffes besteht[144/145] . Weder in der Lehre noch in der Praxis sind diesbezüglich klare Richtlinien feststellbar. Diese

---

144 Diese Tatsache hat verschiedene kantonale Gesetzgeber veranlasst, in ihren Amtshaftungserlassen unter gewissen Voraussetzungen eine Staatshaftung für rechtmässig verursachte Schädigungen vorzusehen, vgl.:
- Haftung wegen rechtmässiger Schädigungen aus polizeilichen Massnahmen: VG SG 2; VG SO 10; HG ZH 12 (dazu H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 135ff.); HG NW 4.
- Haftung wegen rechtmässiger Schädigung aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt: VG SH 142; VG AR 268; VG SZ 7; § 5 Abs. 3 des im Entwurf vorliegenden neuen VG TG (vgl. BOTSCHAFT TG 19f.). - Vgl. in diesem Zusammenhang die Diskussionen bei der Beratung des VG des Bundes im Parlament (z.B. StenBull. Nr. 67 (1957) 820ff.); ferner SCHLUSSBERICHT 171.

145 Eine Sonderstellung nimmt VG BL 25 ein: "Für den aus einer Amtshandlung oder Unterlassung entstandenen Schaden, ohne dass eine Pflichtverletzung begangen wurde, hat der Staat einzustehen, wenn nicht besondere Gesetze etwas anderes verfügen". - Vom Standpunkt der rechtsstaatlich verstandenen Staatshaftung aus betrachtet, ist diese Regelung begrüssenswert. Zu erwähnen ist, dass das VG BL aus dem Jahre 1851 stammt!!

Situation erstaunt angesichts der Tatsache nicht, dass im positiven Amtshaftungsrecht neben d e r i v a t i v e n auch o r i g i n ä r e Staatshaftungsformen bestehen. Die beiden rechtsdogmatisch verschiedenen Haftungsformen haben unterschiedliche Verantwortungsbereiche.

2.1 Der Verantwortungsbereich der derivativen Staatshaftungsformen

Zu erinnern ist, dass nach Auffassung dieser Arbeit die subsidiäre, solidare und primäre Staatshaftung die Kategorie der derivativen Haftungsform [146] bildet. Der Verantwortungsbereich dieser Haftungsarten wird durch die schuldhafte Amtspflichtverletzung bestimmt. Die Anspruchsvoraussetzungen der Staatshaftung sind hier identisch mit denjenigen der Beamtenhaftung. Der Beamte wird nur dann vermögensrechtlich verantwortlich, wenn er schuldhaft eine Amtspflicht missachtet hat [147] . Verletzt er bei der Amtsausübung keine Pflicht, beeinträchtigt sein Verhalten aber dennoch Rechte Privater, so wäre es unbillig, den Beamten haften zu lassen. Den Beamten trifft kein Vorwurf. Da das Gemeinwesen bei den derivativen Staatshaftungsformen lediglich kraft Uebernahme der

---

146 Vorn § 6 II. 1.2.

147 Es wird hier davon abgesehen, näher auf die haftungsrechtlichen Konsequenzen der Unterscheidung zwischen internen und externen Amtspflichten einzugehen. Interne Amtspflichten sind Obliegenheiten, welche auf die Beziehung Dienstpflichtiger-Dienstherr ausgerichtet sind. Externe Amtspflichten wirken über den internen Bereich hinaus. Sie sind dem Beamten auch oder ausschliesslich im Interesse der Bürger auferlegt (z.B. gewisse Auskunftspflichten), vgl. Näheres dazu im Zusammenhang mit Fragen der Widerrechtlichkeit: F.GYGI, Staatshaftung und Verwaltungsrechtspflege 232; R.HOTZ 192 bei FN 11; IMBODEN/RHINOW II Nr. 105 B VIb; O.K.KAUFMANN, Haftung des Staates 571; M.KUHN 191; W.ZEHNTNER 33f.; BGE 89 (1963) II 47f.; BGE 91 (1965) I 453.

Eigenverantwortlichkeit des Beamten vermögensrechtlich verantwortlich wird, bildet die Amtspflichtverletzung eine Schranke des staatlichen Verantwortungsbereiches.

Wie lautet nun das Unwerturteil einer Amtspflichtverletzung?

Amtspflichten bzw. der synonym verwendete Ausdruck der "Dienstpflicht" - diese Arbeit verwendet den ersten Begriff - lassen sich umschreiben als Gesamtheit der dem Beamtenverhältnis entspringenden Obliegenheiten[148]. Amtspflichten, ob gesetzlich geregelt oder individuell angeordnet, beruhen auf Imperativen[149]. Amtspflichten sind also Verhaltensvorschriften. Werden sie nicht eingehalten, entsteht Verhaltensunrecht. Das Unrechtsurteil einer Amtspflichtverletzung ergibt sich demnach nicht primär aus der Tatsache, dass ein Recht verletzt wurde (Erfolgsunrecht), sondern aus dem Umstand, dass eine Vorschrift missachtet wurde (Verhaltensunrecht). Gemeinwesen mit derivativen Staatshaftungen sind deshalb grundsätzlich für "amtspflichtgemässe-rechtswidrige Staatsakte" vermögensrechtlich nicht verantwortlich. Beeinträchtigungen in der Art der sog. zufälligen Todesstrafe[150] müssen somit entschädigungslos hingenommen werden.

2.2 Der Verantwortungsbereich der originären Staatshaftung im rechtsdogmatischen Sinn

Vorauszuschicken ist, dass hier deshalb von der originären Staatshaftung im rechtsdogmatischen Sinn und nicht

---

148 R.HOTZ 101.
149 R.HOTZ 103.
150 Vgl. BGE 47 (1921) II 497ff.; BGE 47 (1921) II 176ff., 554ff.; vorn § 3 II. 3. in FN 76.

von den positivrechtlich normierten originären Staatshaftungsformen die Rede ist, weil letztere modellmässig nur bedingt den folgenden Charakteristika entsprechen [151/152].

Wesensmerkmal der originären Staatshaftung ist, dass der Staat nicht mehr kraft Uebernahme der Beamtenhaftung ersatzpflichtig wird. Die öffentliche Hand haftet vielmehr unmittelbar für eigene Fehlleistungen. Zurechnungssubjekt staatlichen Unrechts ist nicht der Amtswalter, sondern das Gemeinwesen als Hoheitsträger. Die Amtspflichtverletzung bildet daher keine rechtliche Schranke des staatlichen Verantwortungsbereiches. Die Anspruchsvoraussetzungen der Staats- und Beamtenhaftung sind nicht identisch. Da bei der originären Staatshaftung die Amtspflichtwidrigkeit lediglich einen Teilaspekt der Widerrechtlichkeit darstellt, kann der Fall eintreten, dass ein pflichtgemässes Verhalten eines Beamten gleichwohl eine Rechtspflicht des Staates gegenüber dem Bürger verletzt [153/154].

Es ist festzuhalten: Ist das Gemeinwesen o r i g i n ä r e s Zurechnungssubjekt einer schädigenden Verrichtung,

---

151 Vgl. vorn § 6 II. 2.4.2 und hinten § 17 II..

152 Gl.M. M.STREICHENBERG 169 (P.U.ROSENSTOCK 45 zitierend): "Obschon das neue Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes vom 14. März 1958 die Kausalhaftung einführte ..., ist es leider von der Tradition, den Staat nur über die Zurechnung eines fremden Einzelverhaltens haften zu lassen, nicht abgekommen".

153 Zu denken ist an einen pflichtgemässen Polizeieinsatz, bei dem Rechtsgüter Unbeteiligter verletzt werden. Vgl. dazu die Bsple. bei B.BENDER 131f..

154 Umgekehrt kann eine Amtshandlung intern pflichtwidrig sein und zu Schaden von Drittpersonen führen, ohne dass eine staatliche Obliegenheit gegenüber dem Bürger verletzt wurde, vgl. BGE 94 (1968) I 629ff. (zit. mit Sachverhaltsangaben vorn § 7 FN 99); ferner die Bsple. bei B.BENDER 131f..

fällt die Amtspflichtwidrigkeit als Haftungsschranke staatlicher Verantwortlichkeit. Der Haftungsbereich der öffentlichen Hand und derjenige des fehlbaren Beamten sind nicht mehr kongruent. Die Amtspflichtwidrigkeit und das staatliche Fehlverhalten beurteilen sich nach verschiedenen Kriterien. Welche Merkmale ein staatliches Verhalten als widerrechtlich auszeichnen und ob im öffentlichen ebenfalls wie im privaten Recht die objektive Widerrechtlichkeitstheorie [155] anwendbar ist, sind Fragen, die mit dem Rechtsstaatsprinzip zu beantworten sind [156].

3. DER GEGENWÄRTIGE RECHTSZUSTAND (RECHTSWIRKLICHKEIT)

Wie die rechtshistorischen Betrachtungen gezeigt haben [157], ist die Staatshaftung in der Schweiz allmählich neben die externe Beamtenhaftung getreten. Zuerst verpflichtete sich das Gemeinwesen als Garantieschuldner, subsidiär hinter, später solidarisch neben dem fehlbaren Beamten, Schadenersatz zu leisten. Auch die Einführung der ausschliesslichen [158] Verantwortlichkeit des Gemeinwesens in Form der primären [159]

---

155 Obwohl der überwiegende Teil der Lehre (vgl. vorn § 7 V. 1.1.1) und das BGer. für die originäre Staatshaftung die objektive Widerrechtlichkeitstheorie vertreten, stösst die Verwirklichung dieser Grundsätze im Staatshaftungsrecht auf Schwierigkeiten. Dieser Umstand rührt daher, dass die objektive Widerrechtlichkeitstheorie praktisch ausschliesslich auf die Rechtsgutverletzung abstellt.

156 Grundlegend zu den normativen Anforderungen an das Rechtsstaatsprinzip F.OSSENBUEHL, Normative Anforderungen B 145ff.. Der Autor erwähnt u.a., dass zu den rechtsstaatlichen Institutionen in der grundgesetzlichen Ordnung die Gewährleistung eines umfassenden Rechtsschutzes gehöre; vgl. S. B 147: "Zum Rechtsschutz im weiteren Sinne wird man auch die Verantwortlichkeit des Staates gegenüber dem Bürger für Fehlleistungen seiner Organwalter, also das Entschädigungsprinzip rechnen müssen". Vgl. auch hinten § 7 V. 4.1.

157 Vorn § 5 I..

158 Vorn § 6 II. 1.2.

159 Vorn § 6 II. 2.3.

oder originären-verschuldensabhängigen [160] Staatshaftung hat rechtsdogmatisch gesehen an diesem Zustand nichts geändert. Das Gemeinwesen haftet nach wie vor nur unter denjenigen Voraussetzungen, unter denen auch der Amtwalter persönlich haften würde, könnte ihn der Geschädigte direkt belangen [161]. Die Haftungsbereiche [162] von Staat und Beamten sind identisch. Beiderorts wird in der Frage der Widerrechtlichkeit von der Amtspflichtverletzung ausgegangen. Wohl haftet das Gemeinwesen "ausschliesslich". Rechtsdogmatisch gesehen, wird es jedoch lediglich "an Stelle" des fehlbaren Funktionärs ersatzpflichtig. Die öffentliche Hand übernimmt lediglich die Verbindlichkeit des amtspflichtwidrig handelnden Beamten. Zurechnungssubjekt des schädigenden Verhaltens bleibt der Amtswalter. Der Staat erleichtert [163] bloss die Abwicklung des Zahlungsvorganges: Der Geschädigte muss nicht den einzelnen Funktionär belangen; dem Fehlbaren bleibt erspart, nach aussen behelligt zu werden.

Die Gründe, welche den Gesetzgeber veranlassen, die Staatshaftung derart auszugestalten, sind fiskalischer Natur [164/165].

---

160 Vorn § 6 II. 2.4.2.

161 Bei den ausschliesslichen Staatshaftungsformen steht dem Geschädigten gegenüber dem fehlbaren Amtswalter kein Klagerecht zu.

162 Die Ausdrücke "Haftungsbereich" und "Verantwortlichkeitsbereich" werden synonym verwendet.

163 Eine zusätzliche Erleichterung für den geschädigten Bürger weist VG SG 1 Abs. 1 durch die Umkehrung der Beweislast auf: Aus der Tatsache der Amtspflichtverletzung wird auf ein Verschulden des schadenstiftenden Funktionärs geschlossen.

164 Noch heute muss der Gesetzgeber, will er die originäre-verschuldensunabhängige Staatshaftung einführen, mit Zahlenmaterial darlegen, dass die Staatskasse dadurch nicht zu sehr belastet wird, vgl. BOTSCHAFT TG 5; die Untersuchung von M.REHBINDER, Gutachten 27ff.; ders., Festschrift 410ff. (hinsichtlich der Revision des Staatshaftungsrechts in der BRD).

165 Kennzeichnend dafür ist die Feststellung von H.-J.VOGEL 28, betr. die Revision der Staatshaftung in der BRD: "Dennoch rechnen wir gerade in diesem Punkt mit fiskalischen Einwänden. Sie sind noch jedesmal erhoben worden, wenn es darum ging, die Staatshaftung einzuführen oder zu erweitern. Sie haben sich jedoch ebenso regelmässig als nicht stichhaltig erwiesen".

Die vielfach rechtspolitisch motivierten Einwände, wonach die Einführung der originären Staatshaftung den Staatshaushalt zu sehr belasten könnte, haben die Ausgestaltung der Amtshaftung massgebend geprägt[166]. Solche Befürchtungen finden rechtsdogmatisch gesehen ihren Niederschlag darin, dass das Gemeinwesen nur unter jenen Voraussetzungen zu Ersatzleistungen bereit ist, unter denen es sich intern am Fehlbaren mehr oder weniger schadlos halten kann. Auf den schädigenden Amtswalter kann jedoch nur zurückgegriffen werden, wenn er schuldhaft Amtspflichten verletzt hat.

Die Schwächen und Mängel des geltenden Rechtszustandes rühren daher, dass die positivrechtliche Ausgestaltung der Staatshaftung auf der zivilistischen Systemgrundlage beruht. Diese geht von der individuellen Einzelverantwortlichkeit aus und setzt, wenn auch nicht unbedingt eine quantitative, so doch eine qualitative Aequivalenz zwischen Schädiger und Geschädigtem voraus. Diese Haftungssituation ist im Verhältnis Staat - Bürger gerade nicht vorhanden. Aufgabe einer zeitgemäss verstandenen Staatshaftung ist, die Verantwortlichkeit des Gemeinwesens auf die ihr gemässe staatsrechtliche Legitimation zurückzuführen[167].

---

166 Hier darf an die vorn § 5 bei FN 52 gemachte Feststellung erinnert werden. Dort wurde im Zusammenhang mit der geschichtlichen Entwicklung der Amtshaftung bemerkt, der damals gefasste Entschluss, die Staatshaftung von der Eigenverantwortlichkeit des Beamten abhängig zu machen, habe zu weitreichenden Konsequenzen geführt. Eine davon ist hier deutlich feststellbar.

167 Vgl. H.-J.VOGEL 18; hinten § 7 V. 4.1.

Der zivilistischen Tradition verhaftet, stellt die Rechtsprechung [168] in der Frage der Widerrechtlichkeit auch bei der originären-verschuldensunabhängigen Staatshaftung [169] weitgehend auf die Amtspflichtverletzung ab. Diese Beurteilung hat mit der Idee der originären Staatshaftung im rechtsdogmatischen Sinn [170] wenig gemein. Wird bei der originären Staatshaftung nicht klar zwischen dem Verantwortungsbereich des Gemeinwesens und demjenigen des Beamten unterschieden, entstehen Unebenheiten. Weil die Staatshaftung und die Beamtenhaftung im Rechsstaat unterschiedliche Funktionen erfüllen, haben sie auch unterschiedliche Haftungsbereiche. Deshalb kann die Beurteilung staatlichen Unrechts nicht aus der Sicht des einzelnen Beamten erfolgen, ansonsten sich Schwierigkeiten bilden.

Solche Schwierigkeiten zeigen sich besonders bei den sog. "amtspflichtgemässen rechtswidrigen Staatsakten". Das veranschaulicht folgende, im Schrifttum unterschiedlich beantwortete Frage: Soll der Richter bei der Beurteilung der Widerrechtlichkeit auf die pflichtgemässe Amtstätigkeit (Verhaltensunrecht) oder deren unannehmbare Folgen (Erfolgsunrecht) abstellen?

---

168 Dafür sprechen z.B.: BGE 91 (1965) I 453; BGE 93 (1967) I 74, wo das BGer. zur Haftung gemäss VG des Bundes festhält: "Indessen könnte diese Handlung nur dann als widerrechtlich betrachtet werden, wenn der Bundesrat damit gegen seine Amtspflicht verstossen oder sein Ermessen missbraucht hätte ..."; BGE 100 (1974) Ib 12.

169 Vorn § 6 II. 2.4.2 bei FN 60.

170 In § 1 des Kommissionsentwurfes vom Oktober 1973 für ein Staatshaftungsgesetz der BRD (zit. bei F.OSSENBUEHL, Staatshaftungsrecht 240) wird versucht, die Idee der originären Staatshaftung in Gesetzesform zu umschreiben: "Verletzt die öffentliche Hand jemanden in seinen Rechten, so haftet ihr Träger dem Verletzten nach diesem Gesetz. (In seinen Rechten wird jemand verletzt, wenn die öffentliche Gewalt gegen eine ihm obliegende Pflicht des öffentlichen Rechts verstösst)". - Vgl. ferner diesbezgl. den Vorschlag von N.LUHMANN 233f.; in Ansätzen auch VG BL 25 Abs. 1 (vgl. dazu BJM (1961) S. 160ff.).

Einige Autoren[171] sprechen sich dafür aus, dass der Richter sich bei der Beurteilung dieser Frage am schädigenden Verhalten (Verhaltensunrecht) orientieren solle. Verstosse die Amtstätigkeit des Funktionärs nicht gegen ihm auferlegte Verhaltenspflichten, so liege auch keine widerrechtliche Handlung vor. Ein Anspruch auf Schadenersatz sei daher nicht gegeben. Damit wird im Ergebnis die "zufällige Todesstrafe"[172] gutgeheissen. Um solche Unzulänglichkeiten zu vermeiden, vertreten andere Stimmen[173] die Ansicht, es sei, der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie[174] folgend, auf den eingetretenen Schaden (Erfolgsunrecht) abzustellen.

4. DER SOLL-ZUSTAND

Das positive Recht erfüllt die Aufgabe, ein Mittel zur Verwirklichung und Sicherung sozialer Programme zu sein. Die Legislative nimmt ihre Tätigkeit zur Regelung einer bestimmten Frage dann auf, wenn sie soziale Kräfte dazu zwingen. Der Gesetzgeber wird bemüht sein, nach Mitteln und Möglichkeiten zu suchen, die dafür sorgen, dass sich die regelungsbedürftigen Anliegen am geeignetsten verwirklichen lassen[175]. Als Richtschnur für seinen Gesetzgebungsvorschlag dient ihm die Funktion, welche die zu normierende Rechtsfrage erfüllen soll.

---

171 So O.K.KAUFMANN, Haftung des Staates 573; H.R.SCHWARZENBACH 41f..
172 Vgl. vorn § 3 II. 3. in FN 76.
173 So z.B. F.GYGI, Staatshaftung und Verwaltungsrechtspflege 228ff.; B.MUELLER 350.
174 Vorn § 7 V. 1.1.1.
175 Vgl. zur Methode der Gesetzgebung P.NOLL 63ff..

4.1 Die Funktion der Staatshaftung im materiellen Rechtsstaat

Vorauszuschicken ist, dass hier deshalb speziell von der Staatshaftung und nicht allgemein von der Amtshaftung die Rede ist, weil sie die Ausgestaltung der zeitgemäss verstandenen öffentlichrechtlichen Haftungsordnung [176] prägt. Die Einführung der originären Staatshaftung, welche eine rechtsstaatliche Notwendigkeit darstellt [177], führt dazu, dass sich die Beamtenhaftung vollends ins Innenverhältnis verlagert. Die Beziehung zwischen Hoheitsträger und Amtswalter bleibt auf die Haftung des Gemeinwesens gegenüber geschädigten Drittpersonen ohne Einfluss.

Eine tragende Konstante der rechtsstaatlichen Ordnung ist die Rechtsschutzgewährleistung verfassungsmässiger Rechte. Zu diesen Rechten zählt u.a. die Verantwortlichkeit für staatliche, schädigende Verrichtungen. Die widerrechtliche Ausübung staatlicher Macht muss verantwortet und der daraus resultierende Schaden ersetzt werden [178]. Adressat des Rechtsstaatsprinzips ist das Gemeinwesen. Verletzt staatliches Verhalten die Verpflichtung zur verfassungsmässigen und gesetzmässigen Ausübung öffentlicher Gewalt, so ist die öffentliche Hand auch originärer Haftungsträger. Ueberall dort, wo der Bürger durch hoheitliche Einwirkungen rechtswidrig in seinen Rechten verletzt wird, verlangt das Rechtsstaatsgebot,

---

176 Vgl. hinten §§16 und 17.
177 SCHLUSSBERICHT 171 vgl. dazu vorn § 1 II. 1..
178 F.OSSENBUEHL, Normative Anforderungen B 147.

dass der frühere Zustand wieder gleichwertig oder zumindest annähernd gleichwertig hergestellt wird [179]. Ist das nicht mehr möglich, so ist die vermögensrechtliche Einbusse mittels Geldersatz entsprechend abzugelten. Der gesetzmässige Zustand ist wieder herzustellen, unabhängig davon, ob der Rechtsverstoss vorwerfbar war [180]. Damit ist ausgedrückt, dass die rechtsstaatliche Staatshaftungsgarantie ohne Rücksicht darauf besteht, ob der Amtswalter schuldhaft gehandelt hat oder nicht. Die Funktion der rechtsstaatlich verstandenen Staatshaftung ist demnach: Heilung der verletzten Rechtsstaatlichkeit durch Wiedergutmachung [181], d.h. Rechtsschutzgewährleistung für durch hoheitliche Verrichtungen enstandenes Unrecht.

Das Wesen einer derart begründeten Staatshaftung kennzeichnen drei Merkmale: die UNMITTELBARKEIT, die HOHEITLICHKEIT und die RECHTSWIDRIGKEIT. Sie bestimmen die Verantwortungssphäre und zeichnen die Grundzüge der staatlichen Verantwortlichkeit auf. Das Verfassungsprinzip kann selbst nur den Rahmen der staatlichen Verantwortlichkeit abstecken. Denn obwohl sich g e s e t z l i c h e Haftungsmodelle im einzelnen innerhalb des durch die Verfassung vorgegebenen Gestaltungsspielraums halten müssen, ist es die Gesetzgebung, welche für eine Praxis relevante Verwirklichung der Grundrechtsideen

---

179 Damit ist der Naturalrestitution das Wort geredet. Ist die Vermögensbeeinträchtigung dagegen irreparabel, bleibt nur der Geldersatz übrig. - Wie ich bereits vorn § 7 FN 12 erwähnt habe, wird in dieser Arbeit auf die Art und Weise der Schadenersatzleistung nicht näher eingetreten.

180 H.-J.VOGEL 23.

181 H.-J.VOGEL 23. - Treffend dazu auch N.LUHMANN 77: "Ausgleich zu gewähren für die Spannung, die aus der Inanspruchnahme formaler Autorität für staatliche Entscheidungen und Handlungen entstehen ...".

sorgt. Damit wird jenen Auffassungen[182] entgegengetreten, welche Inhalt und Umfang einer allgemeinen staatlichen Entschädigungspflicht unvermittelt aus der Rechtsstaatsidee ableiten. Rechtsstaatliche Grundsätze sind Leitgedanken, die keine tragfähige Grundlage für differenzierte Lösungen abgeben. Auch als Generalklauseln, welche dem Richter gestatten, Lücken im öffentlichrechtlichen Haftpflichtschutz zu stopfen, sind sie zu vage[183/184].

4.1.1 Das Merkmal der Unmittelbarkeit

Der Rechtsstaatsidee staatlicher Verantwortlichkeit entspricht auf der Stufe der einfachen Gesetzgebung die Idee der originären Staatshaftung in Form der vorn[185] beschriebenen Organisationshaftung.

Die Unmittelbarkeit staatlicher Verantwortlichkeit führt dazu, dass sich die öffentliche Hand der Verantwortung für Fehlleistungen des Staatsapparates nicht mit der Begründung entziehen kann, der Amtswalter, welcher das Unrecht verursacht hat, habe keine Amtspflichtverletzung begangen. Die originäre Staatshaftung als Organisationshaftung ist von den Anspruchsvoraussetzungen der Eigenverantwortlichkeit des fehlbaren Amtswalters

---

182 Vgl. z.B.: U.GUENG, Entschädigungspflicht 240 Pkt. 28: "Eine Konkretisierung der allgemeinen rechtsstaatlichen Entschädigungspflicht durch den Gesetzgeber ist wünschenswert, jedoch keine notwendige Voraussetzung ihrer Geltung im Rechtsstaat". - Vgl. hinten § 15 II. bei FN 18.

183 U.GUENG, Entschädigungspflicht 8 ist in diesem Pkt. gegenteiliger Ansicht.

184 Siehe hinten § 15 II..

185 Vgl. vorn § 6 II. 2.4.1.

gelöst. Das Gemeinwesen haftet für rechtswidrig entstandene Fehler, für Organisationsmängel mit Schadenfolgen. Welche natürliche Person für das Gemeinwesen handelt, ist dabei belanglos. Unter einer Organisationshaftung oder unter dem synonym verwendeten Begriff der Verbandshaftung wird phänomenologisch die Haftung des Ganzen für den Teil, des Verbandes für seine Angehörigen verstanden [186].

Auch im Privatrecht wird im Zusammenhang mit der sog. Produktehaftung [187] von Organisationshaftung gesprochen [188]. Nicht zufällig wird dabei auf die originäre Staatshaftung als Parallele im öffentlichen Recht hingewiesen [189].

---

186 So P.JAEGGI 755; H.NATER 117.

187 Unter der Produkte- oder Produzentenhaftung wird die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Herstellers von Industrieprodukten oder Handelswaren "für den von seinem Erzeugnis insbesondere bei einem ersten oder weiteren Erwerb oder einem sonstigen Empfänger oder Benützer bewirkten Schaden ..." (K.OFTINGER I 32 bei FN 112) verstanden. - Vgl. aus dem neueren Schrifttum zur Produktehaftung im schweizerischen Recht z.B.: F.BURKI; H.NATER; M.PRAGER; J.SCHMIDT-SALZER.

188 So z.B.: P.JAEGGI 754ff.; H.NATER 113ff.; K.OFTINGER I 32; M.REHBINDER/O.TRIFFTERER 95; G.VINEY 9.

189 Als Organisationshaftung beurteilen die originäre Staatshaftung: H. HAUSHEER 92; P.JAEGGI 756, "Die Staatshaftung für den Schaden, den Beamte widerrechtlich Dritten zufügen, ist reine und vollentwickelte Organisationshaftung"; der Autor bezieht seine Feststellung auf die Staatshaftung gemäss dem VG des Bundes; W.BURCKHARDT, Organisation der Rechtsgemeinschaft 388 (in Ansätzen); P.DAGTOGLOU, Staatshaftungsrecht 346; F.OSSENBUEHL, Staatshaftungsrecht 2, 3, 6; M.REHBINDER, Festschrift 401; E.W.STARK 815 (Protokoll); G.VINEY 9, "Il en est ainsi fréquemment en ce qui concerne la responsabilité des personnes morales du droit public que les juridictions administratives déclarent engagée au motif que le dommage résulte d'une "mauvaise organisation" ou "d'un fonctionnement défectueux du service", sans faire allusion à une faute individuelle sous-jacente qui existe néanmoins parfois, ...".

Ohne hier näher auf die dogmatischen Charakteristika dieser Verbandshaftung einzugehen, ist zu unterstreichen, dass der Tatbestand der Produktehaftung und derjenige der originären Staatshaftung gemeinsame Züge aufweisen. Die Gemeinsamkeiten der beiden Haftungsinstitute liegen im Umstand, dass hier wie dort zwischen der Organisation (Bund bzw. Unternehmen) als Schädiger und der Einzelperson als Geschädigtem ein machtmässiges Gefälle besteht. Der Ueberlegenheit der Organisation steht der sozial Schwächere faktisch ohne durchschlagende Abwehrmöglichkeit gegenüber. Gefordert wird deshalb, dass der machtmässige Mehrwert des Ueberlegenen durch einen rechtlichen Mehrwert des Unterlegenen ausgeglichen wird [190]. Dafür sind geeignete Rechtsinstitute zu schaffen. Im Bereich der Staatshaftung, der von der Ueberlegenheit des Gemeinwesens in all seinen Erscheinungsformen geprägt wird, kann diese Forderung durch die Unmittelbarkeit der staatlichen Verantwortlichkeit verwirklicht werden. Das Verschulden ist daher für die Risikoverteilung zwischen dem Unrecht handelnden Staat und dem Unrecht erleidenden Bürger kein angemessener Gesichtspunkt mehr [191]. Diese Tatsache ergibt sich aus dem Umstand, dass "je umfangreicher und je dichter eine Organisation ist, umso häufiger verflüchtigt sich das persönliche Ver-

---

190 J.GROSS 117.

191 Zur gleichen Ansicht, jedoch teilweise aufgrund anderer Ueberlegungen, gelangen z.B.: BOTSCHAFT TG 1f.; Z.GIACOMETTI, Allg. Lehren 524; P.GRAFF 471a; U.GUENG, Entschädigungspflicht 4; ders., Entwicklungstendenzen 361; O.K.KAUFMANN, Verantwortlichkeit der Beamten 377a; B.MUELLER 343; P.R.MUELLER 255; M.REHBINDER, Gutachten 5f.; SCHLUSSBERICHT 171; H.R. SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 33; M.STREICHENBERG 166f.; H.-J.VOGEL 27.

schulden" [192]. Es bleibt nur die kollektiv verursachte Unsorgfalt übrig und die Feststellung, dass die Organisation nicht fehlerfrei funktioniert hat. Die Folge ist, dass sich unter eine derart konzipierte Staatshaftung sowohl Schädigungen aus fehlerhaften Verhalten wie auch solche aus mangelhaften Zuständen [193/194] subsumieren lassen.

4.1.2 Das Merkmal der Hoheitlichkeit

Es geht hier nicht darum, das Merkmal der Hoheitlichkeit näher zu erörtern. Das hat in anderem Zusammenhang zu erfolgen [195]. Der Begriff wird an dieser Stelle lediglich aus systematischen Gründen erwähnt. Hier ist bloss festzuhalten, dass das Merkmal der Hoheitlichkeit ein aktionstypisches Kennzeichen ist, welches die Staatshaftung vom privatrechtlichen Haftungsbereich des Gemeinwesens abgrenzt. Zur Klarstellung sei bereits jetzt [196] angefügt, dass für die Qualifizierung einer Verrichtung als "hoheitlich" weder die Form des Verhaltens (Tathandlung/Rechtshandlung) noch die Unterscheidung ausschlaggebend ist, ob die Schädigung gezielt und willentlich (sog. Eingriff) verursacht wurde oder ob die Rechtsverletzung die unvorherge-

---

192 P.JAEGGI 755.
193 Zur Unterscheidung zwischen Zustands- und Verhaltenshaftung vorn § 3 bei FN 83.
194 Vgl. als Bspl. einer Zustandshaftung im Bereich der Staatshaftung die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Gemeinwesens für Schädigungen aus dem mangelhaften Unterhalt öffentlicher Strassen, hinten § 10 III. 2.3.
195 Hinten § 13 I..
196 Hinten § 13 I..

sehene Auswirkung einer hoheitlichen Massnahme darstellt (sog. indirekte Schädigung nichtfinaler Natur)[197].

4.1.3 Das Merkmal der Widerrechtlichkeit

Wie ich einleitend zur Frage der Widerrechtlichkeit im Amtshaftungsrecht bemerkt habe, ist hier nicht beabsichtigt, erneut auf die gesamte Problematik einzugehen.

Das Beispiel der sog. "amtspflichtgemässen rechtswidrigen Staatsakte" zeigt, dass das Problem im schweizerischen Amtshaftungsrecht eine Folge der dogmatisch wie strukturell unterschiedlichen Staatshaftungsformen ist. Da sich der Haftungsbereich des Gemeinwesens bei der originären Staatshaftung gegenüber den Haftungsformen kraft Uebernahme der Beamtenhaftung ausgedehnt und nicht mehr in der Amtspflichtverletzung eine Schranke hat, müssen andere Kriterien gefunden werden, um die Verantwortlichkeit der öffentlichen Hand sinnvoll zu begrenzen.

Eine erste Schranke ergibt sich aus dem Umstand, dass die originäre Staatshaftung als a l l g e m e i n e r Haftungstatbestand gegenüber s p e z i e l l e n Haftungsbestimmungen subsidiäre

---

197 Vgl. zur Unterscheidung zwischen Schädigungen durch hoheitliche Eingriffe und solchen durch hoheitliche Einwirkungen nichtfinaler Natur: P.U. ROSENSTOCK 16ff., 27ff.; M.STREICHENBERG 24ff.; hinten § 10 III. 2.1 und § 10 III. 2.2.

Bedeutung hat. Der Vorrang spezieller Haftpflichtnormen ist deshalb sinnvoll, weil sie spezifischen schädigenden Verrichtungen haftungsrechtlich besser Rechnung tragen als die allgemeinen Voraussetzungen der Haftbarmachung einer Generalklausel. Spezialtatbestände sorgen dafür, dass eine zu weitgehende Haftung nicht zur Beeinträchtigung der staatlichen Aktivitäten führt. So ist es beispielsweise durchaus sinnvoll, die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit für falsch erteilte Auskünfte lediglich auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu beschränken[198]. Auch der Voraussetzung, wonach für die Haftung von Schädigungen durch Rechtsakte (Entscheide, Urteile, Verfügungen) zuerst die verwaltungsprozessualen Rechtsmittel ausgeschöpft werden müssen, ist beizupflichten. Das setzt jedoch voraus, dass die Verwaltungsrechtspflege derart ausgebaut ist, dass sie ausreichenden Rechtsschutz gewährleistet[199]. Damit einhergehen sollte die Verwirklichung des Prinzips der Funktionsreinheit[200], d.h. die Beurteilung von Klagen aus dem Bereich der Amtshaftung auf dem Verwaltungsrechtsweg[201] und nicht, wie das heute noch weitgehend geschieht, auf dem Zivilprozessweg[202]. - Grundsätzlich ist jedoch ein allgemeines Haftungsprinzip

---

198 Wie das in neueren Verantwortlichkeitsgesetzen der Fall ist, vgl. z.B. HG ZH 6 Abs. 3.

199 Grundlegend zum Verhältnis zwischen der Staatshaftung und der Verwaltungsrechtspflege: F.GYGI, Staatshaftung und Verwaltungsrechtspflege (durchgehend); ferner M.KUHN 260ff.; M.REHBINDER, Festschrift 405f..

200 Siehe auch vorn § 3 FN 34.

201 Zum Begriff "Verwaltungsrechtsweg" vgl. F.GYGI, Verwaltungsrechtspflege 19.

202 Ueber den Ausbau und den Entwicklungsstand der kantonalen Verwaltungsgerichtsbarkeit orientieren: F.GYGI, Verwaltungsgerichtsbarkeit; H.ECKSTEIN 183ff.; P.SALADIN, Verwaltungsprozessrecht 350f. (mit einer Uebersicht über die wichtigsten kantonalen Verwaltungsrechtspflegeerlasse).

anzustreben, worunter sich möglichst viele Schadentatbestände ordnen lassen, so dass möglichst wenige Sachverhalte auf dem Wege der Spezialgesetzgebung (= Schutzgesetze [203]) geregelt werden müssen.

Aufgabe der originären Staatshaftung als Generalklausel ist, das Spannungsverhältnis zwischen der rechtsstaatlichen Forderung nach materieller Gerechtigkeit und der Sicherung der durch die öffentliche Gewalt in ihren Rechten verletzten Privatpersonen aufzulösen. Die Generalklausel soll die Härten und Lücken im öffentlichrechtlichen Haftpflichtschutz beheben, ohne gleichzeitig den Anwendungsbereich der Staatshaftung ins Uferlose auszudehnen. Dazu ist notwendig, dass Schranken gezogen werden, damit der Haftungsbereich in vernünftigen Grenzen bleibt.

Zwei Aspekte der Grenzziehung werden im folgenden erwähnt.

4.2 Die Beurteilung der Widerrechtlichkeit bei der originären Staatshaftung im Sinne der Organisationshaftung

4.2.1 Die originäre Staatshaftung als Verwirklichung der Rechtsstaatsidee

Die Einführung der originären (unmittelbaren) vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des Gemeinwesens stellt die Verwirklichung der Rechtsstaatsidee

---

203 Zum Begriff "Schutzgesetz" vorn § 7 IV. 2.2 bei FN 111.

im Staatshaftungsrecht dar. Die originäre Staatshaftung ist ein Institut, das bezweckt, den aus hoheitlichem Unrecht entstandenen Schaden auszugleichen. Der Ersatz eines durch die staatliche Gewalt verursachten Schadens entspricht einer Rechtsgewährleistung[204]. Diese Rechtsgewährleistung ist Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips und nicht des Sozialstaatsprinzips. Diese Tatsache beherbergt eine Feststellung von praktischer Tragweite. Bei der originären Staatshaftung wird nicht "die Rechtsersatzkomponente des liberalen Rechtsstaates im sozialen Verteilungsstaat ...'wiederentdeckt' ..." [205]. Die Verbindung von staatlicher Verantwortlichkeit und Sozialrecht stösst die durch das Wesen der rechtsstaatlich verstandenen Staatshaftung vorgegebenen Schranken um. Das Sozialrecht beabsichtigt, vereinfacht ausgedrückt, die Existenz des Bürgers vor schicksalshaften Schlägen und Bedrohungen zu sichern. Dahinter steht der sozialstaatliche Gedanke, wonach die Risiken des Einzelnen durch die Verantwortung der Allgemeinheit zu tragen und auszugleichen sind. Das Prinzip der sozialen Sicherheit schlägt eine Brücke zum Versicherungsgedanken [206] und nicht zur Idee der Ersatzleistung für entstandenen Schaden. Die Art der Risiken

---

204 F.OSSENBUEHL, Normative Anforderungen B 147, 148ff. (zum Unterschied zwischen Rechtsstaats- und Sozialstaatsprinzip).

205 H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 33 (mit Verweisung auf B.MUELLER 343).

206 Dazu vorn § 2 III. 2. a.E. (mit Literaturangaben).

ist im Sozialrecht verschieden von derjenigen der Einwirkungen durch staatliches Unrecht [207]. "Die Basis der Sozialversicherung ist eine ganz andere als die der Entschädigung. Sie ist die Sicherung der sozialen Freiheit und nicht etwa das Aufkommen für staatliche Eingriffe" [208]. - Daraus wird ersichtlich, dass die Verquickung der Staatshaftung mit dem Sozialstaatsprinzip faktisch nicht nur die Grenzen der Staatshaftung aufhebt. Sie verneint letztlich gar die Widerrechtlichkeit als Haftungsvoraussetzung der originären vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des Gemeinwesens.

4.2.2 Die Rechtsverletzung (Rechtsgut- bzw. Rechtsanspruchsverletzung) sowie die Art und Weise der Schädigung als Bestimmungsfaktoren des Widerrechtlichkeitsbegriffes

Wie ich dargelegt habe [209], bewirkt das Merkmal der Unmittelbarkeit staatlicher Verantwortlichkeit, dass die originäre Staatshaftung von den Anspruchsvoraussetzungen der Eigenverantwortlichkeit des Amtswalters gelöst ist. Damit wird möglich, den Widerspruch zwischen dem Begriff der Widerrechtlichkeit als Verhaltensunrecht (aufgrund einer Amtspflichtverletzung) und demjenigen als Erfolgsunrecht (aufgrund einer Rechtsgut-/Rechtsanspruchsverletzung) zu beheben. - Während die Voraussetzung der Amtspflichtverletzung für die i n t e r n e

---

207 Vgl. den Gedanken bei Wilhelm HENKE, Diskussionsvotum, in: VVDStRL 28 (1970) 174f..

208 Ulrich SCHEUNER, Diskussionsvotum, in: VVDStRL 28 (1970) 233.

209 Vorn § 7 V. 4.1.1.

Beamtenhaftung[210] von Belang[211] bleibt, ist für die Beurteilung der Widerrechtlichkeit im Aussenverhältnis (Beziehung: Staat - geschädigte Drittperson) von der Tatsache auszugehen[212], dass der Bürger durch die Anwendung staatlicher Gewalt in seinen Rechten verletzt wurde. Die "Verletzung eines dem Geschädigten gehörenden Rechtsgutes oder eines Rechtssatzes, der unmittelbar seine Rechtssphäre zu schützen bestimmt ist"[213/214/215], dient demnach als Ausgangspunkt für die Beurteilung der Widerrechtlichkeit. - Mit dem Hinweis, dass die Rechtsgut- bzw. Rechtsanspruchsverletzung lediglich als Ausgangspunkt heranzuziehen sei, ist festgehalten, dass der objektive Widerrechtlichkeitsbegriff[216] im Staatshaftungsrecht nur

---

210 Dazu vorn § 6 I. 2..

211 Gl.M.: F.GYGI, Staatshaftung und Verwaltungsrechtspflege 232; R.HOTZ 103ff..

212 'Von der Tatsache auszugehen', bedeutet noch nicht, 'aufgrund dieser Tatsache zu entscheiden'.

213 F.GYGI, Staatshaftung und Verwaltungsrechtspflege 232; gl.M. auch: IMBODEN/RHINOW II Nr. 107 B IIIb; B.MUELLER 350f..

214 Die Auffassung von F.GIGY, Staatshaftung und Verwaltungsrechtspflege (vgl. vorstehende FN), wonach die Widerrechtlichkeit einer schädigenden Verrichtung ausschliesslich danach zu beurteilen ist, ob eine Drittperson in ihren Rechten beeinträchtigt worden ist, kritisiert M.STREICHENBERG 143f.. Diese Kritik ist teilweise berechtigt. Es ist jedoch festzuhalten, dass F.GYGI seinen Vorschlag nicht absolut formuliert, sondern auf die Notwendigkeit "subtiler Abstufungen" hinweist. - Für eine "differenzierte Haftung" spricht sich auch H.-J.VOGEL 23 hinsichtlich des Reformentwurfes für ein neues Staatshaftungsrecht in der BRD aus.

215 Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass die Widerrechtlichkeit einer Schädigung durch sog. "Rechtfertigungsgründe" neutralisiert werden kann. Dieser Aspekt bleibt in dieser Arbeit ausgeklammert und wird deshalb auch hier nicht näher behandelt.

216 Gemäss dem objektiven Widerrechtlichkeitsbegriff "ist ein Verhalten nur dann widerrechtlich im Sinne einer Begründung eines Schadenersatzanspruchs, wenn es gegen Gebote und Verbote der Rechtsordnung verstösst, die dem Schutz des verletzten Rechtsgutes dienen" (BGE 94 (1968) I 642f. bzgl. der Haftung aufgrund des VG des Bundes). Vgl. vorn § 7 V. 1.1.1.

eine richtungsweisende Orientierung, nicht aber den Grundsatz bilden soll. - Dass das ausschliessliche Abstellen auf die Rechtsverletzung im Staatshaftungsrecht nicht als Prinzip für die Bestimmung der Widerrechtlichkeit gelten kann, zeigt der Umstand, dass die Uebernahme des Rechtswidrigkeitsbegriffes von OR 41 (im Sinne der objektiven Widerrechtlichkeit) in der Praxis bei weitem nicht durchgeführt werden konnte [217].

Die Forderung nach einer differenzierten Beurteilung der Widerrechtlichkeit innerhalb des Staatshaftungstatbestandes als Generalklausel ergibt sich auch aus der Tatsache, dass im Falle der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des Gemeinwesens im hoheitlichen Bereich nicht der 'klassische' Sachverhalt vorliegt, wonach der Schädiger in Wahrnehmung individueller Interessen Rechte Dritter verletzt. Das Gemeinwesen nimmt die Interessen der Allgemeinheit wahr. Die Erfüllung kollektiver Aufgaben bringt es gelegentlich mit sich, dass die Verwaltung handeln muss, ohne alle Möglichkeiten ausgeschöpft zu haben, die vermeiden, dass Einzelpersonen nicht in ihren Rechten verletzt werden. Dieser Aspekt offenbart, dass nicht jede ausgeübte Gewalt, die einen Schaden verursacht, auch einen Staatshaftungsanspruch auslösen kann. Denn mit der Rechtsstaatsidee vereinbar erscheint eine nach staatlichen Tätigkeitsbereichen[218] und der für sie

---

217 Nachweis vorn § 7 FN 133.
218 Hinten § 10 III. 2..

charakteristischen Einwirkungsform [219] sowie nach der Eingriffsintensität und den betroffenen Rechtsgütern differenzierte Haftung des Staates [220]. Aus diesem Gesichtspunkt folgt, dass schädigende Hoheitsverrichtungen sicher dann rechtswidrig sind, wenn sie in den "existenziellen Grundrechtsgüterbereich" [221], wie z.B. in das Leben, in die körperliche Unversehrtheit, in die Freiheit der Person oder des Eigentums eingreifen. Daraus ergibt sich ferner, dass das einer Rechtsverletzung implizierte Erfolgsunrecht dort kein Bestimmungsfaktor für die Beurteilung der Widerrechtlichkeit sein kann, wo die öffentliche Hand bei der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben das Zumutbare vorgekehrt sowie die Mittel und Möglichkeiten ausgeschöpft hat, um Drittpersonen vor Schäden zu bewahren, dennoch aber relative Rechte [222] des Bürgers beeinträchtigt werden. Es gilt zu bedenken, dass der Staat "nicht für die Perfektion seines Verwaltungsapparates einzustehen" hat, "sondern nur dafür, dass die gesetzlichen Obliegenheiten erfüllt werden" [223]. Damit verbindet sich ein weiterer Gesichtspunkt. Ein Staatshaftungsanspruch wird nur durch die Verletzung solcher öffentlichrechtlicher Pflichten ausgelöst, die eigens oder zumindest auch den Schutz des Bürgers bezwecken, die also der öffentlichen Gewalt gerade in bezug auf das beeinträchtigte Recht obliegen [224].

---

219 Hinten § 10 III. 3..
220 Gl.M.: H.-J.VOGEL 23.
221 H.-J.VOGEL 27.
222 Zum Begriff des relativen Rechts vorn § 7 V. 1.1.1 in FN 128.
223 BGE 92 (1966) I 525.
224 Gl.M.: H.-J.VOGEL 27.

Diese Betrachtungsweise führt in die Nähe der Ideen, welche von der Normzwecklehre bzw. der Lehre vom Rwz vertreten werden[225]. Die vorn[226] im Zusammenhang mit der Besprechung dieser Lehren gemachte Anregung, es seien einzelne Gedanken dieser Theorien auch für ein zeitgemäss ausgestaltetes Amtshaftungsrecht zu übernehmen, ist damit verwirklicht.

Die hier vorgeschlagene Beurteilung der Widerrechtlichkeit ermöglicht durch die Bestimmungsfaktoren der ART DES BEEINTRAECHTIGTEN RECHTS und der ART UND WEISE DER SCHAEDIGUNG[227] eine differenzierte Abstufung. Diese Betrachtungsweise ist nicht nur zweckdienlich. Sie entspricht auch der tragenden Idee des Haftpflichtrechts, nämlich dem Grundsatz der a u s g l e i c h e n d e n Gerechtigkeit[228] zwischen den Anliegen des Schädigers und den Interessen des Geschädigten.

Ein Mangel der derivativen Staatshaftungsformen[229] besteht ja gerade darin, dass sie die Ausgleichsfunktion des Haftpflichtrechts vernachlässigen, indem sie ausschliesslich auf das Verhaltensunrecht

---

225 Vorn § 7 IV. 2.1.
226 Vorn § 7 IV. 2.2.
227 Hierbei kann im Einzelfall etwa in Betracht fallen, ob die Schädigung durch einen Eingriff, eine Einwirkung nichtfinaler Natur, durch eine Tathandlung oder eine Rechtshandlung (Rechtsakte), durch Fehlverhalten oder mangelhafte Zustände entstanden ist. Vgl. dazu hinten § 10 III..
228 Dazu vorn § 2 III. 2.. Ferner K.OFTINGER I 47.
229 Zu den derivativen Staatshaftungsformen gehören nach Auffassung dieser Arbeit die subsidiäre, die solidare, die primäre und weitgehend auch die originäre-verschuldensabhängige Staatshaftung. Vgl. vorn § 6 II. 2.4.2.

abstellen und eine Ersatzpflicht des Gemeinwesens nur vorsehen, wenn eine schuldhafte Amtspflichtverletzung vorliegt. Diese Unzulänglichkeiten lassen sich bei der originären Staatshaftung beheben. Sie erfüllt die rechtsdogmatisch notwendigen Voraussetzungen, die erlauben, die Frage der Widerrechtlichkeit, ausgehend von der Rechtsgutverletzung, zu beurteilen.

Indem der Entscheid über die Ausrichtung einer Ersatzleistung insoweit relativiert wird, als im Einzelfall nicht ausschliesslich die Tatsache der Rechtsverletzung, sondern auch die Feststellung der Art der verletzten Rechte sowie die Art und Weise der Schädigung als Entscheidungsgrundlage herangezogen werden, ist Gewähr geboten, dass die Beurteilung der Widerrechtlichkeit weder einseitig aus der Sicht der schadenauslösenden Ursache (Verhalten/Zustand) noch ausschliesslich aus der Sicht des eingetretenen Schadens erfolgt. Bei einer solchen Betrachtungsweise ruht der Blick nicht ausschliesslich auf dem Verhalten des fehlbaren Beamten. Auch das beeinträchtigte Recht wird erfasst. Dadurch gelangt die Idee der ausgleichenden Gerechtigkeit voll zum Durchbruch. Die Qualifizierung der Rechtswidrigkeit wird innerhalb fester Grenzen einer subtilen Abstufung zugänglich gemacht, womit sich sinnvolle und sachlich gerechtfertigte Haftungsschranken errichten lassen. Weiter ermöglicht diese Beurteilung, dass die Haftungsbereiche von Staat und Beamten sauber gegeneinander abgrenzbar sind. Der Beamte haftet intern für schuldhaftes, amtspflichtwidriges Verhalten. Die Objektivierung des

Verschuldens[230], wogegen sich neuere Strömungen in der Doktrin aussprechen[231], ist nicht mehr notwendig. Das Gemeinwesen hat für Schädigungen infolge von Organisationsmängeln einzustehen. Als Entscheidungsgrundlage in der Frage der Widerrechtlichkeit dient hierbei das abgewogene Verhältnis zwischen der staatlichen Fehlleistung und dem eingetretenen Erfolg. Für die Beurteilung der Fehlleistung sind die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. So spielt beispielsweise die Leistungsfähigkeit[232] des Verwaltungsapparates eine Rolle. Ferner ist der Umstand zu würdigen, dass eine Unterlassung nur dann widerrechtlich ist, wenn ein Tun den Eintritt des Schadens verhindert hätte oder wenn in einem solchen Fall positivrechtlich eine Pflicht zum Handeln normiert war[233].

4.3 Zusammenfassung

Der Ueberblick über die Problematik der amtspflichtgemässen rechtswidrigen Staatsakte und die sich daraus für die Widerrechtlichkeit im Amtshaftungsrecht im allgemeinen ergebenden Fragen ist beendet. Er erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit, hat aber wenigstens die wichtigsten Aspekte erfasst. Es bleibt übrig, seine Ergebnisse skizzenhaft zusammenzufassen:

---

230 Vgl. vorn § 7 III. bei FN 72.

231 So D.von SCHENK 101; P.WIDMER, Standortbestimmung 310f.; W.YUNG 125ff..

232 In Betracht fallen etwa: der Arbeitsanfall, das vorhandene Personal oder die zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel. - Vgl. zum Merkmal der Leistungsfähigkeit als bestimmender Faktor der Haftpflicht auch hinten § 10 FN 75.

233 Im gl.S.: H.-J.VOGEL 23; ausführlich dazu: Th.FLEINER, Grundzüge 319f.; N.LUHMANN 142.

Das wesentliche Merkmal des hier gemachten Vorschlages besteht in der Modifikation des objektiven Widerrechtlichkeitsbegriffes, wie ihn die h.L. im Privatrecht verwendet. Der Vorschlag ist ausgerichtet auf die Bedürfnisse einer zeitgemässen, d.h. rechtsstaatlich verstandenen Amtshaftungsordnung. Im Ergebnis resultiert aus diesen Ueberlegungen ein Widerrechtlichkeitsbegriff, der sich mutatis mutandis mit den Vorstellungen deckt, wie sie H.MERZ [234] zu OR 41 vertritt.

Die Vorteile des aufgezeigten Denkmodells sind darin zu sehen, dass es die Grundlage eines allgemeinen Staatshaftungstatbestandes bildet, in welchem sich die Problematik der "amtspflichtgemässen rechtswidrigen Staatsakte" sinnvoll lösen lässt. Der fehlbare Beamte haftet intern für seine schuldhafte Amtspflichtverletzung. Die öffentliche Hand hat für schädigende Fehlleistungen (staatliches Unrecht) einzustehen.

Ausgehend vom Rechtsstaatsprinzip [235] staatlicher Verantwortlichkeit, wird mittels der Merkmale: "unmittelbar (originär)", "hoheitlich" und "widerrechtlich" ein dem Wesen der modernen Staatshaftung entsprechender Verantwortungsbereich abgesteckt. Dabei sind bei der Beurteilung der Widerrechtlichkeit im Einzelfall die Art des verletzten Rechts und die Art und Weise der Schädigung massgebend.

---

234 H.MERZ 324. Der von H.MERZ vertretene Widerrechtlichkeitsbegriff deckt sich nicht mit der Auffassung der h.L., vgl. K.OFTINGER I 129 FN 4; vorn § 7 V. 1.1.1.

235 Vgl. dazu auch hinten § 17.

Die Nachteile dieses Vorschlages sind die einer allgemeinen Haftungsnorm, also die Tatsache, dass auf die Umstände des Einzelfalles Rücksicht zu nehmen ist.

Es muss davor gewarnt werden, die hier vorgetragenen Ueberlegungen als Lösungen aufzufassen. Die Ausführungen bezwecken lediglich, Denkanstösse hinsichtlich einer positivrechtlich erst zu normierenden originären Staatshaftung zu sein. Dort,wo eine solche bereits eingeführt ist, sollen diese Richtlinien dazu beitragen, die öffentliche Widerrechtlichkeitsproblematik in der Praxis besser in den Griff zu bekommen und sie von den Fesseln der Amtspflichtverletzung und damit von der Beamtenhaftung zu befreien.

DER KREIS DER SCHADENERSATZPFLICHTIGEN IM AMTSHAFTUNGSRECHT (PASSIVLEGITIMATION)

VORBEMERKUNGEN

Das Amtshaftungsrecht versucht u.a. die Frage zu beantworten, wer gegenüber wem zu leisten bzw. zu fordern hat.

Damit jemand ersatzpflichtig wird, muss er passivlegitimiert sein. Er muss also zum Kreis der Schadenersatzpflichtigen gehören (§ 8).

Damit jemand Schadenersatz fordern kann, muss er aktivlegitimiert sein. Er muss zum Kreis der Anspruchsberechtigten zählen (§ 9).

Damit jemand berechtigt ist, einen Ersatzanspruch geltend zu machen, muss er einen Schaden erlitten haben. Das setzt eine schädigende Verrichtung voraus (§ 10).

I. ALLGEMEINES

Die Frage der Passivlegitimation ist eine Frage nach dem haftenden[1] Rechtssubjekt.

---

1 Vgl. zum korrekt sprachlichen Unterschied zwischen "Haftung" und "Haftpflicht" und dementsprechend zwischen "haften" und "haftpflichtig" vorn § 2 FN 26. Dieser Unterschied ist hier deshalb bedeutend, weil das Gemeinwesen passivlegitimiert ("haftend") sein kann, ohne dass es selbst Haftpflichtsubjekt (so bei den derivativen Staatshaftungsformen, vgl. vorn § 6 II. 1.2) oder selbst Schädiger (so bei allen Staatshaftungsformen, die als Verantwortlichkeit für fremdes Verhalten konzipiert sind, vgl. vorn § 6 II. 3.) ist.

Der Kreis der Entschädigungspflichtigen wird durch die Funktion der Ersatzpflicht bestimmt: Wer durch hoheitliche Verrichtungen rechtswidrig Schaden verursacht, wird aus Amtshaftung vermögensrechtlich verantwortlich. Passivlegitimiert sind demnach der BEAMTE, der STAAT und die KOERPERSCHAFTEN, SELBSTAENDIGEN ANSTALTEN und STIFTUNGEN DES OEFFENTLICHEN RECHTS [2].

Folgt man der rechtstheoretischen Abgrenzungsmethode zwischen h o h e i t l i c h e n und g e w e r b l i c h e n Verrichtungen [3], so zählen im Amtshaftungsrecht auch private Rechtssubjekte, welche in Ausführung hoheitlicher Verrichtungen widerrechtlich schädigen, zum Kreis der Ersatzpflichtigen [4]. Vom Gesetzestext her scheinen jedoch einige kantonale Amtshaftungserlasse [5] dieser Auffassung nicht zu folgen [6].

---

2 Körperschaften, selbständige Anstalten und Stiftungen stellen juristische Personen dar, vgl. zum Begriff der juristischen Person vorn § 5 FN 63.

3 Im Unterschied zur rechtsförmlichen (normativen) Abgrenzungsmethode, vgl. dazu vorn § 3 I. 4.1.

4 Gl.M.: U.GUENG, Entschädigungspflicht 234.

5 Z.B.: HG ZH 3 Abs. 1 (dazu H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 120 Nr. 4); VG GR 1 Abs. 1.

6 In den Geltungsbereich des VG des Bundes (Art. 1 Abs. 1 lit. f) fallen dagegen ausdrücklich, "alle anderen Personen, insoweit sie unmittelbar mit öffentlichrechtlichen Aufgaben des Bundes betraut sind"; vgl. auch Art. 19 des VG des Bundes und dazu BGE 94 (1968) I 628ff..

II. DER BEGRIFF DES BEAMTEN IM AMTSHAFTUNGSRECHT[7]

Man unterscheidet herkömmlich den hier interessierenden h a f t u n g s r e c h t l i c h e n (funktionellen) vom staats[8]- und strafrechtlichen[9] Beamtenbegriff. Diese Feststellung bedarf der Erläuterung, vor allem was die Beziehung zwischen haftungsrechtlichem und staatsrechtlichem Beamtenbegriff anbelangt.

1. DER HAFTUNGSRECHTLICHE (FUNKTIONELLE) BEAMTENBEGRIFF

Der Begriff des Beamten wird im Bereich der Staatshaftung und der externen Beamtenhaftung i.S.v. OR 61 Abs. 1 f u n k t i o n e l l[10] verstanden, d.h. er ist vorab auf die Interessen geschädigter Drittpersonen[11] ausgerichtet[12]. Danach ist jede natürliche Person, der hoheitliche Verrichtungen zur Ausübung übertragen sind, Beamter im "haftungsrechtlichen Sinn". Für die Frage, ob jemand Dritten gegenüber in Erfüllung hoheitlicher Aufgaben auftritt, spielt die Ausgestaltung des zwischen dem Funktionär und dem Gemeinwesen bestehenden

---

7 Vgl. zum haftungsrechtlichen Beamtenbegriff in anderem Zusammenhang vorn § 5 bei FN 75, § 6 II. 3.1 bei FN 86.

8 Für den "staatsrechtlichen" Beamtenbegriff werden in d.L. synonym auch die Ausdrücke "Beamter im engeren Sinn" (vgl. z.B. R.HOTZ 22) und "organisatorischer" Beamtenbegriff (vgl. z.B. M.KUHN 106) verwendet.

9 Ueber den in dieser Arbeit nicht weiter erörterten strafrechtlichen Beamtenbegriff orientiert: StGB 110 Ziff. 4 (vgl. dazu Günter STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen (Bern 1974) S. 632ff.; BGE 95 (1969) II 38f.; BGE 100 (1974) IV 58.

10 Vgl. dazu: H.BECKER Art. 61 Nr. 7; C.D.BEZZOLA 81; P.GRAFF 460a; R.HOTZ 19; IMBODEN/RHINOW II Nr. 147 B I; M.KUHN 106; OSER-SCHOENENBERGER, Art. 61 Nr. 12; M.REHBINDER, Festschrift 404f.; H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 89; E.ZUEST 7; H.ZWAHLEN, SJK Nr. 371 S. 2.

11 Zum Begriff des "geschädigten Dritten" hinten § 9 II..

12 Dem geschädigten Dritten ist es gleichgültig, ob ihn ein staatlicher Beamter oder ein Angestellter schädigt. Er will vor allem seinen Schaden ersetzt haben.

Rechtsverhältnisses keine Rolle. Es ist gleichgültig, ob ein staatlicher Funktionär zum Gemeinwesen in einer öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Rechtsbeziehung steht. Entscheidend ist seine faktische Stellung, d.h. die Tatsache, dass er hoheitliche Verrichtungen ausübt, vorausgesetzt nämlich, dass er zur Erfüllung solcher Aufgaben auch berechtigt ist [13].

Obwohl die Regelung der Amtshaftung dem öffentlichen Recht von Bund und Kantonen vorbehalten ist, sind die kantonalen Gesetzgeber nicht völlig frei in der Umschreibung des haftungsrechtlichen Beamtenbegriffs. Praktisch sind sie an den von der Doktrin und Rechtsprechung [14] zu OR 61 Abs. 1 entwickelten funktionellen Terminus gebunden [15]. Die kantonalen Amtshaftungserlasse haben den persönlichen Geltungsbereich ihrer Gesetze denn auch weitgehend auf den haftungsrechtlichen Beamtenbegriff abgestimmt [16]. Trotzdem stellt der funktionelle Beamtenbegriff k e i n e n Terminus des Bundesrechts dar [17]. Er gilt nämlich nur insoweit, als das kanto-

---

13 Vgl. Hans MERZ, in: ZBJV 108 (1972) 92f.; IMBODEN/RHINOW II Nr. 105 B IV; O.K.KAUFMANN, Haftung des Staates 567; B.MUELLER 345; BGE 94 (1968) I 639; BGE 96 (1970) II 46.

14 Vgl. z.B.: AGVE (1971) S. 298ff.; BGE 90 (1964) II 278: Das BGer. hält in diesem Entscheid fest, dass die Haftung eines freierwerbenden Notars für den Schaden, den er den Parteien bei der öffentlichen Beurkundung eines Vertrages verursacht, auch unter die Bestimmung von OR 61 Abs. 1 zu subsumieren sei.

15 Vollständig an den von der Lehre entwickelten und von der Praxis angewandten funktionellen Beamtenbegriff gebunden, sind diejenigen Kantone, welche den persönlichen Geltungsbereich ihrer Amtshaftungserlasse selbst nicht regeln.

16 Vgl. z.B. VG AR 262.

17 Wie das H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 89, behauptet.

nale öffentliche Recht die Haftung für bestimmte Kategorien staatlicher Funktionäre nicht ausschliesst[18] .

Ist in dieser Arbeit ohne nähere Angaben von "Beamten" oder synonym von "Amtswalter" sowie "staatlicher Funktionär" die Rede, so wird diese Bezeichnung für alle Personen verwendet, die dem Gemeinwesen, sei es als Behördemitglied, Beamter im staatsrechtlichen Sinn, Angestellter oder Beauftragter, ihre Arbeitskraft[19] zur Verfügung stellen. Auf das interne Verhältnis zwischen "staatlichem Funktionär" und dem Gemeinwesen kommt es nicht an; ob die Arbeitskraft voll- oder nebenamtlich, haupt- oder nebenberuflich, besoldet oder ehrenamtlich, dauernd oder vorübergehend h o h e i t l i c h e Verrichtungen ausübt, ist unerheblich. Entscheidend ist, dass ihr hoheitliche Aufgaben übertragen[20] sind [21].

2. DER STAATSRECHTLICHE BEAMTENBEGRIFF

In der weiteren Umschreibung des Beamten im haftungsrechtlichen Sinn ist der staatsrechtliche Beamtenbegriff mitenthalten. Jeder Beamte im staatsrechtlichen Sinne ist es auch im funktionellen Sinn, nicht aber umgekehrt.

---

18 Vgl. z.B.: HG ZH 1 Abs. 1; VG GR 3.

19 Keine Arbeitskraft zur Verfügung stellt, wer, wie z.B. der Stimmberechtigte oder der Wehrmann, lediglich kraft Gesetz, ohne durch einen Verwaltungsakt oder einen Vertrag dazu berufen zu sein, öffentlichrechtliche Obliegenheiten wahrnimmt. - Vgl. Näheres dazu bei R.HOTZ 22.

20 Das Uebertragen von hoheitlichen Aufgaben kann durch einen Verwaltungsakt (vgl. nachstehend § 10 III. 3.2 bei FN 91) oder durch privatrechtlichen Vertrag erfolgen.

21 Vgl. R.HOTZ 19.

Der staatsrechtliche Beamtenbegriff ergibt sich durch das speziell geartete Dienstverhältnis zwischen Staat und Beamten. Im Gegensatz zum haftungsrechtlichen Terminus ist der staatsrechtliche Beamtenbegriff kein Funktions-, sondern ein Statusbegriff [22]. Danach gilt als Beamter, wer unbefristet oder auf Amtsdauer in einem gültigen Verfahren und aufgrund der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen zum Beamten gewählt, ernannt oder als solcher angestellt wurde[23]. Der öffentlichrechtliche Anstellungsakt[24] und die Dienstgewalt sind die wesentlichen Merkmale des staatsrechtlichen Beamtenbegriffs[25]. Das Merkmal der Dienstgewalt drückt aus, dass der Beamte zum Staat in einem Gewaltverhältnis steht. Der Beamte ist in eine hierarchische Ordnung eingegliedert[26].

Der staatsrechtliche Beamtenbegriff spielt im Amtshaftungsrecht lediglich für die interne Beamtenhaftung[27] eine Rolle. Die Haftpflicht des Beamten (im staatsrechtlichen Sinn) gegenüber dem Gemeinwesen ist eine unter mehreren Beamtenpflichten[28] und ergibt sich aufgrund des öffentlichrechtlichen

---

22 F.OSSENBUEHL, Staatshaftungsrecht 8.

23 Th.FLEINER, Grundzüge 390ff.; FLEINER/GIACOMETTI 646ff.; R.HOTZ 21ff.; E.M.JUD 37ff..

24 Oeffentlichrechtliche Dienstverhältnisse entstehen nicht durch Vertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, sondern durch einen sog. zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakt (Verfügung), vgl. dazu: AGVE (1974) S. 159; Th.FLEINER, Grundzüge 393; IMBODEN/RHINOW II Nr. 147 B III; R.HOTZ 26 und die in FN 57 zit. Autoren; P.SALADIN, Verwaltungsprozessrecht 325f..

25 Vgl. dazu:R.HOTZ 23; Fr.E.SCHNAPP 23ff..

26 IMBODEN/RHINOW II Nr. 147 B II, Nr. 148; R.HOTZ 23f.; M.KUHN 113f.; BGE 91 (1965) I 263; RP VII (1951-1960) Nr. 5975. - Grundlegend zum öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis: E.M.JUD.

27 Zur internen Beamtenhaftung vorn § 6 I. 2..

28 Vgl. den vorn § 7 III. 2.1 besprochenen BGE 102 (1976) Ib 103ff..

Dienstverhältnisses [29/30/31]. Meistens ist die interne Beamtenhaftpflicht nicht im Beamtengesetz, sondern zusammen mit der Staatshaftung in einem Amtshaftungserlass geregelt [32].

III. DER BEGRIFF DER HAFTENDEN KÖRPERSCHAFTEN (STAAT, GEMEINWESEN, ÖFFENTLICHE HAND)

1. TERMINOLOGIE [33]

Unter dem Begriff "Staat" ist eine Gebietskörperschaft zu verstehen, welche sämtliche Personen innerhalb eines bestimmten Territoriums umfasst [34]. Der Ausdruck "Staat" und

---

29 Gl.M.: R.HOTZ 25f..

30 Daher ist es für die Haftpflicht des Beamten (im staatsrechtlichen Sinn) gegenüber dem Gemeinwesen gleichgültig, ob der Amtswalter die öffentliche Hand in Erfüllung einer Amtspflicht anlässlich hoheitlicher oder gewerblicher Verrichtungen schädigt. - Vgl. vorn § 1 FN 15.

31 In diesem Zusammenhang stellt sich folgende Frage: Haftet der staatliche Funktionär, dem nicht die Eigenschaft eines Beamten im staatsrechtlichen Sinn zukommt, intern im Falle der Haftung für indirekte Schädigung des Gemeinwesens (dazu vorn § 6 I. 2.2) aufgrund des Verantwortlichkeitsgesetzes oder aufgrund des zwischen ihm und dem Gemeinwesen bestehenden Rechtsverhältnisses, z.B. eines Auftrages (OR 394ff.)? Das Privatrecht beantwortet die Frage im analogen Fall von OR 55 derart, dass der Geschäftsherr sich sowohl aufgrund von OR 55 Abs. 2 als auch kraft des zwischen ihm und der Hilfsperson bestehenden Vertrages schadlos halten kann (K.OFTINGER II/1 178; P.PORTMANN 77). - M.E. sollte die Haftung des Funktionärs im öffentlichen Recht nach jener Regelung erfolgen, die eine lex mitior darstellt. Das dürfte in der grösseren Zahl der Fälle das Verantwortlichkeitsgesetz sein, weil dort mehrheitlich nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit gehaftet wird. Gegen diese Auffassung spricht jedoch meistens der Wortlaut der Verantwortlichkeitsgesetze ("Verantwortlichkeit wegen Amtspflichtverletzung"), da die Beamten im haftungsrechtlichen Sinn keinen eigentlichen Amtspflichten unterworfen sind.

32 Die Beamtenhaftung nicht in einem Verantwortlichkeits- oder Haftungsgesetz geregelt, haben z.B. die Kte. AI, BE. Vgl. die Zusammenstellung im Anhang II sowie bei E.M.JUD 107 FN 5f..

33 Vgl. zur Terminologie auch vorn § 1 FN 7.

34 Vgl. Chr. MERZ 4.

die synonym verwendeten Begriffe "Gemeinwesen" und "öffentliche Hand" dienen als Sammelbegriff für die Träger von Staatsaufgaben (Exekutive, Legislative, Judikative). Darunter fallen neben dem Bund, den Kantonen und Gemeinden auch die mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts sowie andere mit öffentlichen Aufgaben betraute Organisationen [35].

2. DIE HAFTENDE KÖRPERSCHAFT

In der Regel haftet diejenige Körperschaft, welche den schädigenden Funktionär angestellt [36] hat. In der Mehrzahl der Fälle ist sie es, welche dem Amtswalter die Aufgaben übertragen und anvertraut [37] hat.

Die Frage, welches Gemeinwesen für rechtswidrige Schädigungen eines staatlichen Funktionärs einzustehen hat, stellt sich besonders dort, wo der Amtswalter nicht anlässlich der Erfül-

---

35 Vgl. dazu vorn § 3 FN 21, § 4 bei FN 19 und hinten § 10 III. 1..

36 Von der Anstellungstheorie wird die sog. Funktionstheorie unterschieden. Die Funktionstheorie stellt auf die wahrgenommenen Aufgaben ab und erklärt dasjenige Gemeinwesen (Bund, Kanton, Gemeinde, andere Hoheitsträger) haftbar, dessen Aufgaben der Amtsträger im einzelnen erfüllt hat. Vgl. zu diesen Theorien F.OSSENBUEHL, Staatshaftungsrecht 63ff..

37 Die sog. Anvertrauenstheorie nimmt eine Mittelstellung zwischen Anstellungs- und Funktionstheorie ein. Danach hat dasjenige Gemeinwesen für das schädigende Verhalten des Funktionärs einzustehen, welches dem Amtsträger die Aufgaben, bei deren Erfüllung die rechtswidrige Rechtsverletzung entstanden ist, übertragen hat, im konkreten Sachverhalt also Anordnungen getroffen und Befehle ausgeteilt hat. - M.E. gebührt dieser Theorie der Vorrang. Gl.M. scheint B.MUELLER 345 zu sein, der als entscheidend erachtet, dass für die Haftung des Bundes der Funktionär unmittelbar mit öffentlichen Aufgaben des Bundes betraut wurde. Vgl. ferner VG des Bundes Art. 1 Abs. 1 lit. f (dazu als Bspl.: Schadensakte EMD: Nr. 2006.111.76 (vom 29.11.1976), Nr. 2006.112.76 (vom 17.11.1976); in beiden Fällen handelt es sich um Funktionäre der Kant. Verwaltung). - Dieses Problem angedeutet aber offengelassen hat BGE 102 (1976) II 52.

lung von Aufgaben seiner Anstellungskörperschaft Schaden stiftet, sondern wo beispielsweise ein kantonaler Beamter Bundesaufgaben wahrnimmt und dabei Rechte Dritter verletzt[38]. Hier vermag die Anvertrauenstheorie[39] die Frage, welches Gemeinwesen für den Schaden einzustehen hat, in befriedigender Weise zu beantworten[40].

---

38 Zu denken ist auch an den Tatbestand der sog. "freundeidgenössischen Amtshilfe", d.h. an den Fall, wo ein Bundesbeamter von einem Kanton, z.B. seiner Fachkenntnisse wegen oder mangels eigener kantonaler Sachverständiger (vgl. M.KUHN 113f.), mit Kontrollaufgaben betraut wird und dabei rechtswidrig Schaden verursacht. Dasselbe gilt für Hilfeleistungen unter den Kantonen und unter den Gemeinden. - Vgl. auch Th.FLEINER, Grundzüge 321.

39 Der Begriff der "Anvertrauenstheorie" ist ein Ausdruck der deutschen Doktrin (vgl. B.BENDER 192ff.; F.OSSENBUEHL, Staatshaftungsrecht 64 f.). Er ist in der schweizerischen Lehre nicht kurant. Die hinter der Theorie stehenden Fragen sind jedoch im schweizerischen Amtshaftungsrecht die nämlichen.

40 Vorbehalten bleibt, dass für solche Tatbestände Spezialbestimmungen bestehen, wie das oft bei interkantonalen Vereinbarungen (Konkordate) i. S.v. BV 7 der Fall ist; vgl. z.B. Art. 62 der interkantonalen Vereinbarung über die Schiffahrt auf dem Zürichsee und auf dem Walensee vom 15. 2.1966 (AS GL, Bd. 4, VII D/41/1). - Dazu ferner H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 82ff..

DER KREIS DER ANSPRUCHSBERECHTIGTEN IM AMTSHAFTUNGSRECHT (AKTIVLEGITIMATION)

I. ALLGEMEINES

Die Frage der Aktivlegitimation ist eine Frage nach dem anspruchsberechtigten Rechtssubjekt. Anspruchsberechtigt ist, wer in seinen Rechten verletzt worden ist oder dessen Rechtsnachfolger [1/2].

Das Amtshaftungsrecht kennt zwei Kategorien von Anspruchsberechtigten: Das direkt oder indirekt [3] geschädigte Gemeinwesen im Falle der internen Beamtenhaftung und der geschädigte Dritte im Falle der Staatshaftung und der externen Beamtenhaftung. Bemerkungen zur ersten Kategorie erübrigen sich [4] : Anspruchsberechtigt ist nämlich dasjenige Gemeinwesen [5] , welches dem fehlbaren Funktionär die Aufgaben übertragen hat, bei deren Wahrnehmung es direkt oder indirekt geschädigt wurde.

---

1 M.KUHN 124.
2 Zur Frage, ob auch Ausländer Anspruchsberechtigte sind, vgl. E.HIS 27 (Gegenrechtserklärung als Lösung der Frage); M.KUHN 124ff. (mit Bsplen.).
3 Vgl. zur Unterscheidung zwischen direkter und indirekter Schädigung des Gemeinwesens vorn § 6 I. 2.1 / 2.2.
4 Grundlegend dazu die Arbeit von R.HOTZ.
5 Hierbei handelt es sich um das Gemeinwesen, zu welchem der fehlbare Beamte in einem Dienstverhältnis im Sinne der Anstellungstheorie steht.

II. DER GESCHÄDIGTE DRITTE

Wie für die Passivlegitimation gilt auch für die Aktivlegitimation, dass der Kreis der Anspruchsberechtigten durch die Funktion der Ersatzpflicht bestimmt wird: Anspruchsberechtigt ist, wer durch hoheitliche Verrichtung widerrechtlich in seinen Rechten verletzt wird. Voraussetzung ist, dass das positive Recht für die fragliche Vermögensbeeinträchtigung eine Ersatzpflicht[6)] normiert. Mit anderen Worten, auch Gemeinwesen können geschädigte Dritte sein, sofern sie als selbständige Vermögensträger auftreten[7)].

---

6 Vgl. zum Legalitätsprinzip hinten § 14 III..

7 Gl.M.: U.GUENG, Entschädigungspflicht 233f.; H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 129. Nur teilweise gl.M. ist M.KUHN 128, der erwähnt, dass, falls ein hoheitlicher Akt eines übergeordneten Verbandes schädigend auf einen untergeordneten Hoheitsträger einwirke, das geschädigte Gemeinwesen nicht als "Dritter" angesehen werden könne(!).

DIE SCHÄDIGENDEN HOHEITSVERRICHTUNGEN (SCHÄDIGUNGSARTEN)

VORBEMERKUNGEN

Der Staat hat eine Menge von Aufgaben zu erfüllen. Dadurch ergeben sich zahlreiche Möglichkeiten, Schaden anzurichten. Nicht allein ein Verhalten, d.h. ein Tun oder Unterlassen, kann Dritte schädigen, auch mangelhafte Zustände, welche das Gemeinwesen zu verantworten hat, verursachen Vermögensbeeinträchtigungen. Der Oberbegriff "schädigende Verrichtungen" fasst diese unterschiedlichen Anknüpfungspunkte zusammen.

Das Amtshaftungsrecht beschäftigt sich nur mit einem Teil aller schädigenden Verrichtungen des Gemeinwesens. Es hat lediglich die durch hoheitlich [1]-rechtswidrige Einwirkungen entstandenen Rechtsverletzungen zum Gegenstand. Ueber das Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit wurde bereits orientiert[2] . Bemerkungen zum aktionstypischen Merkmal der Hoheitlichkeit folgen im nächsten Unterabschnitt [3] .

Innerhalb der Amtshaftung lassen sich die schädigenden Verrichtungen nach verschiedenen Kriterien einteilen. Das geltende Amtshaftungsrecht hat seinen Schwerpunkt im Bereich der Schädigungen durch die E x e k u t i v e (eingeschlossen die Verwaltung). Daneben fällt ins Gebiet der Amtshaftung auch die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit für j u d i k a t i v e s und l e g i s l a t i v e s Unrecht.

---

1 Mit der Einschränkung, wie sie vorn § 1 FN 15 festgehalten ist.
2 Vorn § 7 V..
3 Hinten §§ 11 - 14.

I. DIE HAFTUNG FÜR LEGISLATIVES UNRECHT

Die Haftung für l e g i s l a t i v e s U n r e c h t [4] befasst sich mit der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des Staates für rechtswidrige (verfassungswidrige) GESETZGEBUNGSSCHAEDEN. Das Problem der Haftung des Gemeinwesens für normatives Unrecht stellt sich insbesondere dann, wenn verfassungswidrige Gesetze unmittelbar, d.h. ohne Verwaltungsakt der Exekutive, in die Rechte des Bürgers eingreifen oder wenn der Gesetzgeber eine Regelung unterlässt, zu der er aufgrund der Verfassung verpflichtet ist.

Die Tatsache, dass die Frage der Haftung des Staates für Gesetzgebungsschäden in der schweizerischen Doktrin wenig [5] oder überhaupt nicht diskutiert wird, hat verschiedene Gründe:

Zum einen können die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze und allgemein verbindlichen Beschlüsse sowie die von ihr genehmigten Staatsverträge [6] vom Bundesgericht nicht auf ihre Ver-

---

4 Als Synonyme werden in d.L. die Begriffe "Haftung für Gesetzgebungsschäden", "Haftung für Rechtsnormen" und "Haftung für normatives Handeln/Unrecht" verwendet.

5 Eine eingehende Erörterung dieser Fragen konnte im schweizerischen Schrifttum nicht ausfindig gemacht werden. Lediglich Andeutungen dazu z.B. bei: J.FISCHER (durchgehend); Th.FLEINER, Grundzüge 320; P.GRAFF 416aff. und 419aff.; U.GUENG, Entschädigungspflicht 212 insbes. die in FN 105 zit. Autoren; E.HIS 25; Max IMBODEN, in: VVDStRL 20 (1963) S. 252; B.KNAPP 310f.; M.KUHN 302f. (hinsichtlich der BRD); H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 118 Anm. 10 (betr. den Kt.ZH); A.SPRECHER von BERNEGG 167ff.; BGE 81 (1955) I 168f..

6 Vgl. dazu BGE 81 (1955) I 168f..

fassungsmässigkeit überprüft werden [7/8]. Dieser Umstand reduziert die Frage der Haftung für Gesetzgebungsschäden natürlich wesentlich, weil eine vermögensrechtliche Verantwortlichkeit für normatives Unrecht voraussetzt, dass Gesetze auf ihre Verfassungsmässigkeit hin überprüft werden können.

Was andererseits die kantonalen Erlasse[9] anbelangt, so sind dem Bundesgericht weder bei der abstrakten[10] noch bei der konkreten[11] Normenkontrolle irgendwelche Kognitionsbeschränkungen auferlegt[12]. Dennoch übt das Bundesgericht eine zurückhaltende Praxis und hebt im abstrakten Normenkontrollverfahren[13] kantonale Erlasse nicht "ohne Not" auf, sofern sie in einer ver-

---

7 BV 113 Abs. 3.

8 Vgl. zum beabsichtigten Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit im Hinblick auf die Totalrevision der BV: SCHLUSSBERICHT 410ff.; O.K.KAUFMANN, Festschrift Zwahlen 141, erwähnt, dass sich die Mehrheit der Expertenkommission für den Ausbau im Sinne der "konkreten Normenkontrolle" (dazu nachstehend nach FN 10) ausgesprochen habe. - Vgl. auch BERICHT 177.

9 Erlasse i.S.v. OG 84 Abs. 1 sind generell-abstrakte Anordnungen (Gesetze, Dekrete, Verordnungen), vgl. dazu H.MARTI 87ff..

10 Im Normenkontrollverfahren überprüft der Verfassungsrichter ein Gesetz auf seine Verfassungskonformität. Erfolgt die Kontrolle des fraglichen Erlasses direkt und generell, d.h. nicht im Zusammenhang mit einem Beschwerdeentscheid über einen sich auf den betreffenden Erlass abstützenden Hoheitsakt, spricht man von abstrakter Normenkontrolle. - Vgl. dazu BGE 99 (1973) Ia 42; BGE 102 (1976) Ia 109; ferner zum Normenkontrollverfahren: Th.FLEINER, Grundzüge 215ff.; F.GYGI, Verwaltungsrechtspflege 68 f.; IMBODEN/RHINOW I Nr. 24 B IV, Nr. 35 B IIa; ders., II Nr. 143 B III und IV; A.KOELZ, Auslegung 53ff..

11 Bei der konkreten Normenkontrolle erfolgt die Untersuchung der Verfassungsmässigkeit eines Rechtssatzes im Zusammenhang mit der Prüfung der Rechtmässigkeit eines sich auf diesen Rechtssatz abstützenden Hoheitsakt.

12 A.KOELZ, Auslegung 53.

13 Während im abstrakten Normenkontrollverfahren der zu prüfende Erlass selbst aufgehoben wird - er ist verfassungswidrig - wird im konkreten Normenkontrollverfahren nur die sich auf den fraglichen Erlass stützende Verfügung aufgehoben.

fassungskonformen Weise ausgelegt werden können [14]. Aus diesem Grunde fällt eine Haftung des Staates für kantonales legislatives Unrecht praktisch ausser Betracht.

Selbst wenn ein abstraktes Normenkontrollverfahren institutionalisiert wäre, ist die Staatshaftung nach dem gegenwärtigen Ausbildungsstand ungenügend ausgebaut, um eine Ersatzpflicht für legislatives Unrecht zu begründen. Solange die Widerrechtlichkeit der Staatshaftung als Amtspflichtverletzung beurteilt wird [15], ist eine vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Gemeinwesens für legislatives Unrecht nicht denkbar. Der durch einen Gesetzgebungsakt geschädigte Bürger müsste, um Schadenersatz beanspruchen zu können, den Abgeordneten eine Amtspflichtverletzung nachweisen können. Insoweit besteht Einigkeit, dass entsprechende Amtspflichten gegenüber bestimmten einzelnen Bürgern nicht bestehen. Zudem schliessen manche Verantwortlichkeitserlasse [16] die Anwendung von Amtshaftungsbestimmungen auf die Mitglieder der Legislative aus [17].

Wird die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Staates dagegen rechtsstaatlich verstanden und ist sie in Form der originären Staatshaftung im Sinne der Verbandshaftung ausgestaltet, ist denkbar, aus ihr auch einen Anspruch für Schädigungen aus

---

14 Vgl. z.B. BGE 102 (1976) Ia 109. - Ausser Betracht bleibt hier die Frage, ob und wenn ja, wie weit im kantonalen Recht ein Normenkontrollverfahren verwirklicht ist.

15 Wie das heute noch grösstenteils der Fall ist, vgl. dazu vorn § 7 V. 3.2.

16 Z.B.: HG ZH 1 Abs. 2; VG GR 3.

17 Ferner ist zu bedenken, dass gemäss dem schweizerischen Staatsrecht auch der Stimmbürger ein Teilorgan der Gesetzgebung ist. Er nimmt jedoch bei der Stimmabgabe keine Amtspflicht wahr, vgl. vorn § 8 in FN 19.

legislativem Unrecht abzuleiten [18]; denn das Rechtsstaatsprinzip staatlicher Verantwortlichkeit [19] ist für alle drei Staatsgewalten verbindlich. Voraussetzung ist natürlich, dass ein entsprechendes Normenkontrollverfahren institutionalisiert ist. Wie die Diskussion in der BRD im Zusammenhang mit der Reform des Staatshaftungsrechts zeigt, wird der Frage der Verantwortlichkeit für legislatives Unrecht zusehends grössere Bedeutung beigemessen [20]. Dasselbe lässt sich von der Haftung der EWG für ihre Satzungen sagen [21/22].

Diese Ausführungen müssen genügen. Es kann im Rahmen dieser Arbeit nicht näher auf die Problematik eingegangen werden.

---

18 Wie das § 6 des Entwurfes zu einem neuen Staatshaftungsgesetz in der BRD vorsieht; vgl. dazu: Th.FLEINER, Grundzüge 320 (kritisch aus Gründen der Gewaltenteilung); F.OSSENBUEHL, Staatshaftungsrecht 245; H.-J.VOGEL 24: "Eine uneingeschränkte Staatshaftung auch für rechtswidrige Normsetzungen würde die Funktion der Legislative im Rechtsstaat verkennen. Will man die Legislative funktionstüchtig erhalten, so muss ihr ein Entscheidungsspielraum bleiben, der für die haftungsrechtlichen Erwägungen unzugänglich ist. Andererseits könnte aber eine rechtsstaatliche Lücke entstehen, wenn rechtswidrige Normsetzungen aus dem Staatshaftungsrecht gänzlich ausgeklammert würden".

19 Vgl. dazu vorn § 7 V. 4.1.1, hinten § 17.

20 Vgl. z.B.: R.BERNHARDT/T.STEIN 16ff.; P.DAGTOGLOU, Legislatives Unrecht (unabhängig von den Reformbestrebungen); ders., Staatshaftungsrecht 354 f.; M.OLDIGES; F.OSSENBUEHL, Staatshaftungsrecht 60ff., 245; W.-R.SCHENKE; H.-J.VOGEL 24, 35.

21 U.BEYERLIN 132; P.GILSDORF; H.-J.VOGEL 35.

22 Rechtsvergleichend: FRANKREICH anerkennt teilweise eine Haftung für "Schäden durch Gesetz", vgl. H.von CAEMMERER 56ff.; in ENGLAND kann eine Staatshaftung für die rechtsetzende Tätigkeit bei Verstoss gegen höherrangiges Recht nur auf der Verordnungsstufe eintreten, weil Gesetze nach britischem Verfassungsrecht nicht gegen Recht von höherem Rang verstossen können, vgl. W.MORVAY 72; keine Staatshaftung wegen des Erlasses oder nicht Erlasses von Gesetzen kennen das LUXEMBURGISCHE und BELGISCHE (vgl. H.von MANGOLDT 85), das ITALIENISCHE (vgl. K.OELLERS-FRAHM 83), das HOLLAENDISCHE (vgl. T.STEIN 93f.) und das OESTERREICHISCHE (vgl. H.WITTMANN 106f.) Recht.

II. DIE HAFTUNG FÜR JUDIKATIVES UNRECHT

Auch die Tätigkeit des Richters kann zu schädigenden Verrichtungen, sog. J u s t i z s c h ä d e n führen[23/24]. Das schweizerische Recht unterstellt die Staatshaftung für judikatives Unrecht in der Regel keinen Sondervorschriften[25].

Die Frage[26], ob angesichts der richterlichen Aufgabe - der Richter muss, abgesehen von der Möglichkeit, dass sein Urteil durch ein ausserordentliches Rechtsmittel[27] aufgehoben wird, eine Streitsache endgültig entscheiden - die staatliche Ersatzpflicht für schädigende Hoheitsakte der Gerichte nicht einzuschränken sei, ist zu verneinen. Die Befürchtungen, eine umfassende Entschädigungspflicht für Justizschäden bedeute eine Gefahr für die Objektivität der Rechtsprechung und beeinträchtige

---

23 Vgl. z.B. die Frage, ob der Kanton für Verfahrensmängel (Unterlassen der Rechtsmittelbelehrung) seiner Gerichte haftet: BGE vom 7.2.1974 i.S. K. c. Kt. ZH (Staatsrechtliche Kammer), wiedergegeben in: ZBl 76 (1975) 83ff..

24 Vgl. auch die Frage der Haftung für sog. zwischenzeitlichen Schaden (= Schaden zwischen Erlass eines Hoheitsaktes und dessen Aufhebung), wie er z.B. durch Anordnungen der Rechtspflegeorgane über die aufschiebende Wirkung (Verweigerung oder Entzug) eines Rechtsmittels entstehen kann. Vgl. zur Verantwortlichkeit aus Anordnungen über die aufschiebende Wirkung durch Organe der Verwaltungsrechtspflege: F.GYGI, Aufschiebende Wirkung 12f.; M.REHBINDER, Festschrift 405f.; VwG 55 Abs. 4; vorn § 7 II. 1. a.E..

25 Vgl. U.GUENG, Entschädigungspflicht 214 und die dort in FN 117 zit. Autoren.

26 Das BGer. beschäftigte sich im BGE 79 (1953) II 424ff. mit dieser Frage, ohne sie jedoch zu beantworten. Vgl. zu diesem Entscheid JdT 102 (1954) I 555f.; ZBJV 91 (1955) 256; U.GUENG, Entschädigungspflicht 214ff..

27 Ein Rechtsmittel stellt einen besonderen Verfahrensabschnitt zur Ueberprüfung eines Hoheitsaktes (Entscheid, Verfügung, Urteil) dar. Ausserordentliche Rechtsmittel richten sich gegen formell rechtskräftige Hoheitsakte, vgl. dazu F.GYGI, Verwaltungsrechtspflege 112ff.; M.KUMMER 163; vorn § 7 II. 1.1 bei FN 38.

den Richter bei der Rechtsfindung und damit letztlich die Rechtssicherheit [28], verlieren im Rahmen der ausschliesslichen Staatshaftung stark an Gewicht [29].

Die Haftung des Richters, der unter diesen Voraussetzungen nur auf dem Regressweg ersatzpflichtig wird, beschränkt sich auf Fälle vorsätzlichen oder grobfahrlässigen Verhaltens [30]. Ferner ist zu bemerken, dass die aufgeworfenen Bedenken nicht nur für die Judikative zutreffen. Sie stellen sich überall, wo eine Haftung für Rechtsakte besteht, also auch im Verwaltungsverfahren für die Verwaltungsbeamten. Es geht hier allgemein um die Frage des Verhältnisses zwischen der Verantwortlichkeitsklage (Staatshaftung) und dem Ergreifen anderer Rechtsmittel. Dazu kann auf die Erörterung des Problems in der einschlägigen Literatur verwiesen werden [31].

---

28 Vgl. zu diesem Aspekt K.EICHENBERGER, Richterliche Unabhängigkeit 255 ff.; H.P.ECKSTEIN 176.

29 Gl.M. U.GUENG, Entschädigungspflicht 214.

30 Ausgenommen bei der primären Staatshaftung, die auch zu den ausschliesslichen Staatshaftungsformen zählt, vgl. dazu vorn § 6 II. 1.2.

31 Vgl. Th.FLEINER, Grundzüge 310; F.GYGI, Staatshaftung und Verwaltungsrechtspflege; M.KUHN 283ff.; IMBODEN/RHINOW II Nr. 105 B VI f, Nr. 106 B III; B.MUELLER 355ff.; M.REHBINDER, Gutachten 17; BGE 100 (1974) Ib 11.

III. HAFTUNG FÜR HOHEITLICHE-RECHTSWIDRIGE VERWALTUNGS-VERRICHTUNGEN

1. ALLGEMEINES

Wie bereits erwähnt wurde[32], hat die Entwicklung der Gesellschaft vom bürgerlich-liberalen Gemeinwesen des 19. Jahrhunderts zum sozialen Rechtsstaat der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts zu einer gewaltigen Ausdehnung der Staatsaufgaben, vor allem im Bereich der Exekutive geführt. Die öffentliche Hand muss heute für die soziale Sicherheit besorgt sein, Fürsorgeeinrichtungen erstellen, den wirtschaftlichen Wohlstand fördern, öffentliche Werke und Anlagen errichten und betreiben, um nur einige wenige Punkte aus dem umfangreichen Aufgabenkatalog zu nennen[33].

Die Strukturwandlung der Exekutive von der klassischen EINGRIFFSVERWALTUNG[34] zur modernen Leistungs- und Wirtschaftsverwaltung[35] widerspiegelt sich auch in ihren Erscheinungsformen. Die ausführende Staatsgewalt tritt dem Bürger gegenüber nicht mehr vorwiegend als ein mit Zwangs- und Befehlsgewalt (Hoheitsgewalt) ausgestatteter Herrschaftsverband auf, vor deren Einwirkungen es sich durch verfassungsmässig verankerte Rechte zu schützen gilt. Die moderne Verwaltung hat ein anderes Gesicht. Nach wie vor g r e i f t die öffentliche

---

32 Vorn § 3 I. 2..
33 Vgl. vorn § 3 FN 22.
34 Unter einem "Eingriff" ist der typisch hoheitliche, mit Befehl und Zwang durchsetzbare Verwaltungsakt zu verstehen, von welchem unmittelbare, rechtliche Wirkungen ausgehen (M.STREICHENBERG 24).
35 Zur Terminologie vorn § 1 FN 3, § 3 FN 20. - Vgl. in diesem Zusammenhang J.P.MUELLER 731 insbes. FN 80: "Die heutige Verfassungslage kann stichwortartig dadurch gekennzeichnet werden, dass die Abwehrhaltung gegen den Staat (als Produkt der Auseinandersetzung zwischen liberalem Bürgertum und absolutem Fürstenstaat) in eine Anspruchssituation umgeschlagen hat".

Hand zwar in die Rechte des Bürgers e i n. Heute werden jedoch von ihr auch immer mehr L e i s t u n g e n erwartet. Der Staat führt öffentliche Betriebe[36], unterhält staatliche Werke und Anlagen[37] und beteiligt sich am wirtschaftlichen Wettbewerb[38]. Oft werden hoheitliche Aufgaben an privatrechtliche Organisationen[39] übertragen, oder das Gemeinwesen ist Aktionär oder Genossenschafter von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen[40]. Der Staat zieht auch Private zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben bei[41] oder tritt selbst als Subjekt des Privatrechts auf[42/43].

---

36 Z.B. der Bund in Form öffentlich-rechtlicher Körperschaften (so die Schweizerische Verrechnungsstelle, vgl. dazu VPB 39 (1975) Nr. 1 S. 2) oder in Form von Genossenschaften des öffentlichen Rechts i.S.v. OR 829 (so die GGF oder die BUTYRA, vgl. dazu: IMBODEN/RHINOW II Nr. 137 B II; P.R.MUELLER 186f.; VPB 39 (1975) Nr. 1 S. 2). - Gelegentlich beansprucht das Gemeinwesen für bestimmte Tätigkeiten ein Monopol, z.B. das sog. Installationsmonopol zur Verteilung von Gas, Wasser und Elektrizität (vgl. dazu BGE 95 (1969) I 144ff.; Th.FLEINER, Grundzüge 354; IMBODEN/RHINOW II Nr. 138; H.R.SCHWARZENBACH, Verwaltungsrecht 197), welches es mittels öffentlicher Betriebe wahrnimmt.

37 Z.B. öffentliche Strassen, militärische Anlagen, öffentliche Badeanstalten (über die Haftung öffentlicher Badeanstalten orientiert die Arbeit von D.WEBER), öffentlichrechtliche Spitäler (vgl. zum Behandlungsverhältnis J.GROSS 73ff.; zur Haftpflicht J.KELLER 144ff.). Eine Zusammenstellung von öffentlichen Werken und Anlagen und den daraus resultierenden Haftungstatbeständen findet sich bei P.U.ROSENSTOCK 17 FN 1.

38 Z.B. durch Kantonalbanken.

39 Z.B. dem Schweizerischen Elektrotechnischen Verein (SEV), vgl. dazu: BGE 94 (1968) I 628ff.; IMBODEN/RHINOW II Nr. 105; P.R.MUELLER 193, 206, 210; H.R.SCHWARZENBACH, Verwaltungsrecht 196.

40 Z.B. die Swissair, Zuckerfabrik Frauenfeld AG, vgl. dazu: VPB 39 (1975) Nr. 1 S. 3; P.R.MUELLER 176, 185; H.R.SCHWARZENBACH, Verwaltungsrecht 197.

41 Z.B. Wissenschafter als Gutachter.

42 Das gilt v.a. für die in dieser Arbeit nicht berücksichtigte fiskalische (nicht-hoheitliche) Verwaltung. Der Rechtsverkehr mit Sachen des Finanzvermögens - das Staatsvermögen wird in das Finanz- und das Verwaltungsvermögen unterteilt - ist dem Privatrecht unterstellt. Auch die schlichthoheitliche Verwaltung (dazu hinten § 10 III. 2.2) tritt gelegentlich als privatrechtlich organisierter Rechtsträger auf, so z.B. der Schweizerische Nationalfonds in Form einer privaten Stiftung, vgl. dazu VPB 32 (1964-1965) Nr. 96; VPB 39 (1975) Nr. 1 S. 1; IMBODEN/RHINOW II Nr. 137 B V.

43 Vgl. auch vorn § 3 I. 2. bei FN 21.

Die mannigfaltigen Verwaltungsaufgaben bewirken nicht nur neue Erscheinungsformen, sie führen auch zu einer Zunahme der Einwirkungsmöglichkeiten der Verwaltung. Je umfangreicher und komplexer die staatliche Verwaltungstätigkeit ist, desto häufiger ergeben sich zwischen dem Bürger und der öffentlichen Hand Reibungsflächen und Konfliktsituationen. Es entstehen neue Schadentypen. Die Ausdehnung der Verwaltungsverrichtungen und damit verbunden die Vermehrung der Schädigungsmöglichkeiten kann für die Haftungsordnung der Amtshaftung nicht ohne Folgen bleiben. Hier sei zu diesem Aspekt lediglich folgendes bemerkt:

Wie der Ueberblick über den Stand der positivrechtlichen Gesetzgebung im schweizerischen Amtshaftungsrecht gezeigt hat[44], vermochte die Legislative mit dieser Entwicklung nicht Schritt zu halten. Nach wie vor basiert die geltende Amtshaftungsgesetzgebung auf Rechtsvorstellungen, deren Fundamente im Gedankengut des 19. Jahrhunderts stehen. Nur wenn der Staat, verkörpert durch die Person des staatlichen Funktionärs, in amtspflichtwidriger Weise[45] - mit oder ohne Verschulden als Haftungsvoraussetzung - in die Rechte des Bürgers eingreift, wird er heute aufgrund der Staatshaftung vermögensrechtlich verantwortlich.

Die Judikative kann nicht gleichermassen untätig bleiben wie die Legislative. Der Richter muss entscheiden. Fehlen im öffentlichen Recht Beurteilungsgrundlagen, so sucht er im Privatrecht einen Ausweg. Wegen ungenügender Ausgestaltung des

---

44 Vorn § 5.
45 Vgl. zum Verhältnis zwischen Amtspflichtwidrigkeit und Rechtswidrigkeit vorn § 3 FN 76; § 7 V. 2..

öffentlichrechtlichen Haftpflichtschutzes muss sich das Gemeinwesen daher "gefallen lassen" [46], wie ein privates Rechtssubjekt behandelt zu werden [47].

Will man - dem Thema der Arbeit entsprechend - die h o h e i t l i c h e Verwaltungstätigkeit in einem Koordinationsschema ordnen, empfiehlt es sich, in zweierlei Hinsicht zu unterscheiden: Zum einen nach der Erscheinungsform von Verwaltungsverrichtungen (Eingriffs- / schlicht-hoheitliche Verwaltung), zum andern nach deren Regelungsgehalt (Rechts- / Realakte).

2. ERSCHEINUNGSFORMEN DER HOHEITSVERWALTUNG

2.1 Die Eingriffsverwaltung (Obrigkeitliche Verwaltung) [48]

Erfüllt das Gemeinwesen Aufgaben aus dem Bereich der EINGRIFFSVERWALTUNG, erscheint es dem Bürger gegenüber als übergeordneter Herrschaftsverband. Zwang und Befehl begleiten sein Auftreten. Die Ueberlegenheit des Staates in der Eigenschaft als Eingriffsverwaltung ergibt sich aus der rechtlichen [49] Qualifikation seines Verhältnisses zum Bürger. Die obrigkeitliche Verwaltung führt ihre Auf-

---

46 A.MEIER-HAYOZ, Grundeigentum, I. Art. 679 Nr. 72.

47 So bei der Haftung des Gemeinwesens für den mangelhaften Zustand öffentlicher Werke, vgl. dazu hinten § 10 III. 2.3.

48 Vgl. zur Eingriffsverwaltung: E.FORSTHOFF 124 und 356ff. (hinsichtlich rechtswidriger Eingriffe); Th.FLEINER, Grundzüge 26f.; IMBODEN/RHINOW I Nr. 59 B IIa; P.U.ROSENSTOCK 18; P.SALADIN, Grundrechte 323, 371; H.R. SCHWARZENBACH, Verwaltungsrecht 31f.; M.STREICHENBERG 24.

49 Im Gegensatz zur wirtschaftlichen Ueberlegenheit der sog. "pouvoirs intermédiaires", vgl. dazu vorn § 3 I. 2. bei FN 26.

gaben unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsprinzips[50] mit "öffentlicher Gewalt"[51] aus. Die schädigende Einwirkung ist die unmittelbare[52] Folge des Eingriffs und erweist sich als durch den Zweck der Massnahme gedeckt[53]. "Man spricht denn hierbei auch von eigentlichen Eingriffen in Rechte und Vermögen des Bürgers, die entweder rechtmässig oder rechtswidrig herbeigeführt werden"[54].

Beispiele der Eingriffsverwaltung[55]:

- die gesamte Polizeiverwaltung[56]
- die Steuerverwaltung

---

50 Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist ein Rechtsgrundsatz des Verwaltungshandelns und besagt, dass eine Massnahme nicht über das hinausgehen soll, was notwendig ist, um den Zweck zu erreichen, durch den sie gedeckt ist, vgl. z.B.: BGE 101 (1975) Ia 150 E.3, 176 E.3/5, 308 E.6. - Grundlegend zum Verhältnismässigkeitsprinzip: H.HUBER, Grundsatz der Verhältnismässigkeit; IMBODEN/RHINOW I Nr. 58; A.WOLFFERS.

51 Vgl. z.B. P.U.ROSENSTOCK 8.

52 Im Gegensatz zu den sog. "nichtfinalen" (mittelbaren) Einwirkungen der Hoheitsverwaltung. Vgl. dazu P.U.ROSENSTOCK 27ff., 39ff.; hinten § 10 III. 2.2.

53 Hier zeigt sich ein Aspekt der vorn § 7 V. 2. behandelten Problematik der "amtspflichtgemässen rechtswidrigen Staatsakte". So kann z.B. das Eingreifen der Polizei mit Tränengas oder Knüppeln durch den Zweck der Massnahme (Vermeidung einer verbotenen Demonstration) gedeckt sein. Dennoch können dadurch Unbeteiligte (nicht Gaffer) in ihrer körperlichen Integrität beeinträchtigt werden. Auch bei ihnen ist der Eingriff durch den Zweck der Massnahme gedeckt, selbst wenn die eingetretenen Folgen nicht beabsichtigt sind.

54 M.STREICHENBERG 24 insbes. FN 3.

55 Vgl. die Zusammenstellung von Haftpflichtnormen aus dem Bereich der Hoheitsverwaltung vorn § 5 FN 71.

56 Vgl. zum Problem der Staatshaftung wegen Polizeimassnahmen vorn § 7 FN 117. - Zu diesem Aspekt ferner: K.EICHENBERGER, Sorge 441; Th.FLEINER, Grundzüge 319f.; J.GROSS 61; A.JOST 62.

2.2 Die schlichte Hoheitsverwaltung[57)]

Die Staatshaftungssphäre ist von der machtmässigen Ueberlegenheit des Gemeinwesens in all seinen Erscheinungsformen geprägt. Das gilt insbesondere für den Bereich der schlichten Hoheitsverwaltung. Das Tätigkeitsfeld dieser Verwaltungsabteilung gewinnt heute zunehmend an Bedeutung. Die öffentliche Hand hat immer mehr Sozialaufgaben zu erfüllen. Solche Obliegenheiten[58)] fallen in den Kompetenzbereich der schlichten Hoheitsverwaltung[59)]. Sie schiebt sich wie ein Keil in die dualistische Einteilung der Exekutive in Formen der Eingriffs- und Fiskalverwaltung. Selbst wenn die leistungsgewährende Verwaltung nach bürgerlichem Recht "lebt"[60)], beispielswei-

---

57 Vgl. zur "schlichten Hoheitsverwaltung" - als Synonym wird auch der Begriff der "leistungsgewährenden Verwaltung" verwendet -: Th.FLEINER, Grundzüge 432ff.; E.FORSTHOFF 368ff.; IMBODEN/RHINOW I Nr. 59 B IIa; P.U.ROSENSTOCK 31ff.; H.R.SCHWARZENBACH, Verwaltungsrecht 31f.; M. STREICHENBERG 31ff..

58 Vgl. z.B.: Fürsorgewesen, Schulwesen, Kulturwesen, Anlegen von Strassen, Plätzen, Brücken, Grünflächen etc. (Infrastruktur), Verkehrs-, Versorgungs- und Entsorgungsleistungen, Gesundheitswesen.

59 Vgl. zu diesem Aspekt: F.GYGI, Verwaltungsrecht und Privatrecht 20 insbes. FN 4f.: "Bei den Leistungsverhältnissen der Verkehrs- und Versorgungsbetriebe (Daseinsvorsorge) besteht auf Grund einer faktischen oder rechtlichen Monopolsituation eine Rechtslage, die praktisch dem Ueber- und Unterordnungsverhältnis der Staatsgewalt entspricht. Wenn nach der herrschenden Lehre gleichwohl eine Wahl für das Privatrecht zugelassen wird, muss man sich bewusst sein, dass die privatrechtliche Gestaltung dann nur noch blosse Form ist, die dem Wesensgehalt mindestens nicht voll gerecht wird."; J.GROSS 116 insbes. FN 450: "Ein Unterordnungsverhältnis (im Sinne einer modifizierten, der Entwicklung des modernen Gemeinwesens angepassten Subjektionstheorie) ist somit nicht nur dort gegeben, wo der Staat in Formen der Eingriffsverwaltung - unter weitgehender Bindung an das vorgegebene Recht - tätig wird, sondern auch dort, wo ein tatsächliches Machtgefälle in der Form gesteigerter Abhängigkeit des Einzelnen vom Staat vorliegt". Im gleichen Sinn ferner: Th.FLEINER, Grundzüge 266; K.RAMSTEIN 80, 83.

60 E.FORSTHOFF 371.

se als wirtschaftliches Unternehmen[61], handelt sie als Hoheitsträger. Sie ist für ihr Gebaren dem öffentlichen Recht unterstellt. Der Begriff "wirtschaftlich" ist nicht mit dem Ausdruck "gewerblich" als Gegensatz von "hoheitlich"[62] gleichzusetzen. Auch das Gemeinwesen hat bei der Erfüllung von Aufgaben aus dem Bereich der schlichten Hoheitsverwaltung wirtschaftliche, i.S.v. "ökonomisch", Grundsätze zu beachten. Deswegen fallen solche Leistungsverhältnisse jedoch nicht in den Bereich der Fiskalverwaltung[63/64].

Die Grenzen zwischen Fiskalverwaltung und schlichter Hoheitsverwaltung verlaufen[65] dort, wo die aus der Verwaltungstätigkeit fliessenden Leistungen dem Bürger einerseits unmittelbar (= schlichte Hoheitsverwaltung, z.B. Bau einer öffentlichen Strasse) zugute kommen. Profitiert der Bürger andererseits nur mittelbar über den finanziellen Ertrag oder das Kapital (= fiskalische Verwaltung, z.B. Erträge aus einem staatlichen Musterbetrieb) von den staatlichen Aktivitäten, sind solche Leistungen zur Finanzverwaltung zu rechnen.

---

61 Vgl. auch vorn § 10 III. 1..

62 Zur Terminologie vorn § 1 II. 3., zur Abgrenzung hinten § 13.

63 Leistungsverhältnisse aus dem Bereich der Fiskalverwaltung versetzen den Bürger nicht in die Situation gesteigerter Abhängigkeit, vgl. z.B.: Kauf von Büromaterial.

64 Zur fiskalischen Verwaltung: K.RAMSTEIN 75ff.; E.FORSTHOFF 372; F.OSSENBUEHL, Staatshaftungsrecht 17; P.U.ROSENSTOCK 248; M.STREICHENBERG 32.

65 Der Unterscheidung entspricht die Einteilung des staatlichen Vermögens in das Finanzvermögen und das Verwaltungsvermögen. Das Verwaltungsvermögen bildet zusammen mit den Sachen im Gemeingebrauch (vgl. dazu bzgl. der Haftung für mangelhaft unterhaltene öffentliche Verkehrsflächen hinten § 10 III. 2.3) die öffentlichen Sachen, vgl. dazu Th.FLEINER, Grundzüge 333ff.; IMBODEN/RHINOW II Nr. 115 B II.

Staatliche Leistungsverhältnisse, die der Befriedigung existenzieller Bedürfnisse dienen, machen den Bürger vom Gemeinwesen abhängig. Es besteht ein Subordinationsverhältnis. Derartige Leistungen sind daher der schlichthoheitlichen Verwaltungstätigkeit zuzuordnen.

Für rechtswidrige Einwirkungen der schlichten Hoheitsverwaltung werden die Begriffe "indirekte (nichtfinale) Schädigung"[66] oder "Schädigungen durch sonstige Verwaltungstätigkeit"[67] verwendet. Indirekte Schädigungen sind Einwirkungen, die "blosse Reflexwirkungen staatlichen Handelns darstellen und somit nicht die Folge eines den Geschädigten gegenüber gezielten hoheitlichen Eingriffs sind"[68], wie das für Schadensakte der Eingriffsverwaltung charakteristisch ist.

Mit der Haftung des Gemeinwesens für rechtswidrige "nichtfinale Schädigungen" haben sich zahlreiche

---

66 So P.U.ROSENSTOCK 16ff., 27ff.; vorn § 7 V. 4.1.2 a.E..
67 So M.STREICHENBERG 26.
68 P.U.ROSENSTOCK 16.

Autoren[69] befasst[70]. Auf ihre Ausführungen sei hiermit verwiesen. Lediglich die Haftung des Gemeinwesens für

---

69 Vgl. z.B.: R.BINSWANGER 160ff.; J.BORTER (Haftung des Gemeinwesens für Werkschäden); M.DESAX 168ff. (nur am Rande); J.DERRON (Haftung des Staates für die Sicherheit auf öffentlichen Strassen); L.V.DOSCH 147ff. (Haftungsverhältnisse an öffentlichen Sachen im Kt. GR); Th.FLEINER, Grundzüge 332f.; H.GIGER, Grundsätzliche Ueberlegungen zum Immissionenschutz, in: SJZ 65 (1969) 201ff. (Der Autor postuliert für die Haftpflicht des Gemeinwesens als Hoheitsträger wegen Immissionen i.S.v. ZGB 684/679 eine "autonome" öffentlichrechtliche Regelung; vgl. die Antwort auf diese Anregungen von K.WEGMANN, Grundsätzliche Ueberlegungen zum Immissionenschutz, in: SJZ 65 (1969) 369ff., mit Anmerkungen von K.OFTINGER); IMBODEN/RHINOW II Nr. 102 (Grundeigentümerhaftung), Nr. 103 (Werkeigentümerhaftung), Nr. 105 (Haftung des Bundes für Ansprüche gegen mit öffentlichrechtlichen Aufgaben betraute Organisationen ausserhalb der Departementalverwaltung); J.KELLER 144ff. (Haftpflicht im öffentlichrechtlichen Spitalbetrieb); P.KUETTEL v.a. 152ff. (Haftung im Strassenwesen); A.KUTTLER (Grund- und Werkeigentümerhaftung); H.LANZ v.a. 18ff. (Werkeigentümerhaftung); P.LIVER, (Die nachbarrechtliche) Haftung des Gemeinwesens; K.OFTINGER II/1 72ff. (Haftung des Gemeinwesens als Strasseneigentümer); K.RAMSTEIN 57ff.; P.U.ROSENSTOCK (durchgehend); M.STREICHENBERG (Haftung für Sachen im Gemeingebrauch); D.WEBER 36f. (Haftung des Gemeinwesens für öffentlichrechtliche Badeanstalten). - Vgl. aus der Judikatur: BGE 96 (1970) II 337ff. (informativ).

70 Verschiedene der aufgeführten Autoren lassen durchblicken, dass die Haftung des Gemeinwesens für solche Schädigungen einer klaren öffentlichrechtlichen Regelung bedarf (vgl. z.B. A.KUTTLER 429). Es fehlt nicht an Vorschlägen, wie dieser Missstand zu beheben ist (vgl. z.B. P.U.ROSENSTOCK 228ff., 267ff., dazu die Kritik von M.STREICHENBERG 140ff.). Herausgegriffen sei der Vorschlag von M.STREICHENBERG 173f.. Der Autor schlägt vor, im Bund unvermeidbare Schädigungen aus Sachen im Gemeingebrauch über das Institut der nachträglichen Enteignung (EntG Art. 41, zu diesem Aspekt auch P.LIVER, Haftung des Gemeinwesens 262ff.) abzugelten. Vermeidbare Schädigungen aus Sachen im Gemeingebrauch will M.STREICHENBERG (163ff., 174) aufgrund einer als Kausalhaftung ausgestalteten Staatshaftung entschädigen. Dabei schwebt ihm die "Einführung einer staatlichen (öffentlichrechtlichen) Kausalhaftung nach Vorbild des eidgenössischen und des solothurnischen Verantwortlichkeitsgesetzes" (S. 174 Anm. 4) vor. - Dazu ist zu bemerken, dass die Einführung einer Kausalhaftung nach dem Vorbild des VG des Bundes oder des VG SO kaum die gewünschte Lösung des Problems bringt. Beide Erlasse regeln die Verantwortlichkeit des Gemeinwesens für schuldhafte wie schuldlose Einzelverhalten. Schädigungen aus dem mangelhaften Unterhalt öffentlichrechtlicher Werke lassen sich nicht unter diese Haftungstatbestände subsumieren. Dazu ist die Einführung einer Staatshaftung im Sinne der Organisationshaftung (= originäre Staatshaftung im rechtsdogmatischen Sinn, vgl. vorn § 6 II. 2.4.1) erforderlich.

den mangelhaften Unterhalt öffentlicher Verkehrsflächen wird im folgenden kurz gestreift.

2.3 Exkurs: Die Haftung des Gemeinwesens für den mangelhaften Unterhalt öffentlicher Verkehrsflächen [71)]

Die Strassenhoheit fällt als Teil der Staatsgewalt grundsätzlich in den Kompetenzbereich der Kantone, soweit sie nicht durch die Bundesverfassung [72)] begrenzt wird. Die Strassenhoheit [73/74)] umfasst u.a. die Pflicht, für die Sicherheit öffentlicher Verkehrsflächen besorgt zu sein. Dem Gemeinwesen ist aufgetragen, im Rahmen des Zumutbaren [75)] die öffentlichen Strassen derart anzulegen und zu unterhalten, dass vermeidbare Einwirkungen unterbleiben. Dass die Strassenhoheit primär eine Angelegenheit des öffentlichen Rechts ist [76)], hat die Rechtsprechung nie davon abgehalten, die öffentlichen Strassen haftungsrechtlich als Werke i.S.v. OR 58 zu behandeln.

---

71 Vgl. zum Begriff der öffentlichen Verkehrsfläche: VRV 1 Abs. 2.

72 BV 36 bis (bzgl. der Nationalstrassen). Vgl. die Uebersicht über die gesetzlichen Grundlagen bzgl. des Strassenwesens im Bundesrecht bei P. KUETTEL 28ff.; W.MUELLER 121ff..

73 Die Strassenhoheit umfasst die "Strassenbaulast" und die "Verkehrssicherungspflicht", vgl. dazu: P.KUETTEL 112ff.; W.MUELLER 51; Th.FLEINER, Grundzüge 349ff.; VPB 41 (1977) Nr. 23 S. 77.

74 Der Begriff "Verkehrssicherungspflicht" wird nicht nur i.V.m. der Sicherheit öffentlicher Strassen verwendet, sondern allgemein für Sicherungsmassnahmen bei gefährlichen Zuständen, vgl. Guido BRUSA, Die einseitige Enthaftungserklärung, Analyse und Zuordnung zur Verkehrssicherungspflicht, (Diss. Freiburg Schweiz 1977); H.W.MATHYS 423ff.; BGE 101 (1975) IV 396.

75 Das Kriterium des Zumutbaren bestimmt sich u.a. nach der vermögensrechtlichen Leistungsfähigkeit des Baulastträgers (z.B. nach der Finanzkraft des betreffenden Gemeinwesens, BGE 100 (1974) II 139 E.4) sowie aufgrund der Verkehrsbedürfnisse. Vgl. dazu: IMBODEN/RHINOW II Nr. 103 B IVb; P. KUETTEL 112f.; K.OFTINGER II/1 88. - Vgl. zum Aspekt der Leistungsfähigkeit im Zusammenhang mit der Widerrechtlichkeit vorn § 7 V. 4.2.2 a.E..

76 Vgl. P.KUETTEL 36; K.OFTINGER II/1 86.

Solange diese Beurteilung mangels einschlägiger Haftpflichtbestimmungen im öffentlichen Recht erfolgt, kann dieser Praxis nichts entgegengehalten werden. Der Haftung des Gemeinwesens für die durch öffentliche Strassen verursachten Schädigungen aufgrund von OR 58 kam jedoch nicht immer schon lückenfüllende Funktion zu. Früher [77] diente als Rechtfertigung dieser Praxis - welcher immer noch ein Teil der Doktrin zustimmt [78] - die dualistische Theorie [79]. Heute erklärt das Bundesgericht offen, dass für diesen Bereich im öffentlichrechtlichen Haftpflichtschutz Lücken bestehen. Ferner erwähnt das Bundesgericht, dass diesem Umstand bei der Beurteilung der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des Gemeinwesens aufgrund von OR 58 Rechnung zu tragen ist [80]. Im Ergebnis nähert sich diese Rechtsprechung der Auffassung jener Autoren [81],

---

77 Ueber die Aenderungen in der bundesgerichtlichen Praxis orientiert P.LIVER, Haftung des Gemeinwesens 245ff..

78 So ausdrücklich: B.von BUEREN, OR AT 289; A.KELLER 139.

79 Nach der dualistischen Theorie wird die Benutzung öffentlicher Grundstükke durch das Gemeinwesen in Hoheitsakte und Eigentümerhandlungen geschieden. Dementsprechend beurteilt sich die Haftung. Danach gelten vermeidbare Schädigungen aus mangelhaften Anlagen oder wegen ungenügendem Unterhalt eines öffentlichen Werkes als Folgen von Grundeigentümerhandlungen, vgl. P.LIVER, Haftung des Gemeinwesens 245, 265ff..

80 Vgl. z.B.: BGE 91 (1965) II 199: "C'est en principe le droit public qui précise dans quelle mesure les voies publiques doivent être entretenues"; BGE 96 (1970) II 341: "Certes, la responsabilité encourue par les cantons du fait de leurs routes relèverait plutôt du droit public. C'est en vue de prévenir d'éventuelles lacunes de ce droit que le Tribunal fédéral admet le recours à l'art 58 CO"; BGE 98 (1972) II 42; BGE 102 (1976) II 344f..

81 Vgl. z.B.: J.BORTER 70ff.; L.DERRON 102ff.; IMBODEN/RHINOW II Nr. 103 B I; P.KUETTEL 155f.; A.KUTTLER 429 ("Dieser Hinweis lässt die Wünschbarkeit einer klaren öffentlichrechtlichen Regelung erkennen"), 434ff.; H.LANZ 84ff.; P.U.ROSENSTOCK 70, 174ff.; T.SAGER 72; M.STREICHENBERG 163ff.; H. URSPRUNG 216; F.WICKI 16. - Solche Forderungen unterstützen: K.OFTINGER II/1 93 FN 458; Max IMBODEN, in: ZSR FN 72 (1953) 555a (Diskussion), spricht davon, dass OR 58 in der Bedeutung als Ersatznorm für fehlende öffentlichrechtliche Haftpflichtbestimmungen "überspannt" werde; Th.FLEINER, Grundzüge 325, 333.

welche verlangen, es seien diesbezüglich klare öffentlichrechtliche Haftungsgrundlagen zu schaffen. Solche Postulate verdienen unterstützt zu werden. Das oft gehörte Argument[82)] zugunsten der privatrechtlichen Lösung, nämlich dass gleiche Lebenssachverhalte nach gleichen Haftungsgrundsätzen zu behandeln seien, erscheint deswegen einleuchtend, weil keine Beispiele aufgeführt werden. Beispiele würden nämlich zeigen, dass der Verkehr auf Kantonsstrassen und allgemein auf öffentlichen Strassen so unterschiedliche Sicherungsfragen aufwirft, dass die Behauptung zu formalistisch erscheint, es handle sich um gleiche Lebenssachverhalte[83)]. "Die Sicherung (und nicht nur die Regelung) des öffentlichen Verkehrs ist, nicht zuletzt aus der Sicht des Bürgers, eine typische Aufgabe des modernen Staates. Deren Wahrnehmung erfolgt nicht im privaten Interesse wie der "Verkehr" auf einem privaten Grundstück, sondern ausschliesslich und gerade typischerweise im öffentlichen Interesse. Solange man an der Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem

---

82 So ausdrücklich B.von BUEREN, OR AT 291; ähnlich P.LIVER, Haftung des Gemeinwesens 266 Pkt. 3.

83 Zu betonen ist, dass die Ungleichheit der Tatbestände hier nur hinsichtlich der Sachen im Gemeingebrauch untersucht wurde. Ob dieser Umstand auch für das Verwaltungsvermögen zutrifft, bleibt an dieser Stelle unbeachtet (vgl. dazu A.KUTTLER 418ff.). - Das Verwaltungsvermögen dient wie die Sachen im Gemeingebrauch - im Gegensatz zum Finanzvermögen - unmittelbar der öffentlichen Zweckerfüllung. Während das Verwaltungsvermögen (z.B. Verwaltungsgebäude, Büroeinrichtungen) primär der Verwaltung zur Verfügung steht, werden die Sachen im Gemeingebrauch (z.B. Plätze, Strassen, vgl. BGE 101 (1975) Ia 477 E. 3b) vor allem von der Allgemeinheit benutzt. Näheres dazu bei: Th.FLEINER, Grundzüge 233ff.; IMBODEN/RHINOW II Nr. 115 B IIIb.

Recht festhält, kann man die öffentliche Verkehrssicherungspflicht nicht privatrechtlich behandeln"[84].

Bis im öffentlichen Recht adäquate Haftungsgrundlagen normiert sind - was angesichts föderalistischer Schwerfälligkeit nicht von heute auf morgen geschehen kann - ist trotz aller Unebenheiten die privatrechtlich abgestützte Praxis beizubehalten. Die Initiative liegt nun bei der Legislative, und sie tut gut daran, auch hier die Idee der originären Staatshaftung[85] nicht unberücksichtigt zu lassen.

3. REGELUNGSGEHALT DER VERWALTUNGSVERRICHTUNGEN (EINWIRKUNGSFORM)

Unter der Bezeichnung "Regelungsgehalt einer Verwaltungsverrichtung" ist die Einteilung staatlichen Verhaltens in REAL- und RECHTSAKTE zu verstehen.

3.1 Realakte (Tathandlungen)[86]

Tathandlungen zeichnen sich dadurch aus, "dass sie typischerweise auf unmittelbare Verletzung von Rechtsgütern

---

84 P.DAGTOGLOU, Staatshaftungsrecht 352. - Die Frage, ob die Haftung bei der öffentlichen Strassenverkehrssicherungspflicht privatrechtlich oder öffentlichrechtlich zu beurteilen ist, beschäftigt die deutsche Doktrin neuerdings im Zusammenhang mit der Reform des Staatshaftungsrechts, vgl. z.B.: Richard BARTLSPERGER, Rechtsansprüche und Haftung bei der öffentlichen Strassenverkehrssicherungspflicht, in: DVBl. 88 (1973) 465ff.; P. DAGTOGLOU, Staatshaftungsrecht 351f.; Gerhard NEDDEN, Amtshaftung bei Verletzung der Strassenverkehrssicherungspflicht, in: DVBl. 89 (1974) 253ff.; F.OSSENBUEHL, Staatshaftungsrecht 19ff..

85 Dazu vorn § 7 V. 2.2; § 7 V. 4.1.

86 Vgl. zur vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit für Schädigungen durch Realakte auch: Th.FLEINER, Grundzüge 319; IMBODEN/RHINOW II Nr. 105 B VI f; F.GYGI, Staatshaftung und Verwaltungsrechtspflege v.a. 228ff.; P.U. ROSENSTOCK 31ff..

wie Leib, Leben, Gesundheit, Ansehen der Person oder Sachgütern zurückgehen" [87]. Schädigende Realakte entstehen sowohl durch fehlerhafte Verhalten (Tun/Unterlassen) wie auch durch mangelhafte Zustände (öffentliche Werke [88]) der Hoheitsverwaltung. Man spricht hierbei von faktischem Handeln oder Unterlassen, im Gegensatz zu den Rechtsakten, d.h. zum Erlass einseitiger, hoheitlicher und zielgerichteter Willenserklärungen [89].

Ob sich eine Tathandlung als hoheitlich oder als gewerblich qualifiziert, ist nach der rechtstheoretischen Abgrenzungsmethode [90] zu ermitteln.

3.2 Rechtsakte (Rechtshandlungen)

Zu den Rechtsakten zählen Verfügungen [91], Urteile und Entscheide. Einwirkungen durch Rechtshandlungen zeichnen sich dadurch aus, dass sie praktisch ausschliesslich R e c h t s a n s p r ü c h e beeinträchtigen, im Gegensatz zu den Rechtsgutverletzungen, wie sie bei schädigenden Realakten vorherrschen [92]. Rechtsansprüche können beispielsweise durch missbräuchliches oder willkürliches

---

87 F.GYGI, Staatshaftung und Verwaltungsrechtspflege 228.
88 Dazu vorn § 10 III. 2.3.
89 Z.GIACOMETTI, Allg. Lehren 337; P.U.ROSENSTOCK 32.
90 Vorn § 3 I. 4.2.
91 Eine Verfügung ist eine individuell-konkrete Einzelanordnung des Verwaltungsrechts. Als Hoheitsakt regelt sie ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis in verbindlicher Weise. Vgl. zum Begriff und zu den Arten von Verfügungen: Th.FLEINER, Grundzüge 141ff.; F.GYGI, Verwaltungsrechtspflege 97ff.; IMBODEN/RHINOW I Nr. 5 B IIa, Nr. 35-39; P.SALADIN, Verwaltungsprozessrecht 313ff.; VwG 5; BGE 101 (1975) Ia 74 E. 3a; BGE 100 (1974) Ib 10f. (zur mündlichen Verwaltungsverfügung).
92 F.GYGI, Staatshaftung und Verwaltungsrechtspflege 228.

Vorenthalten sowie durch Verweigern einer Auskunft oder Bewilligung[93] verletzt werden.

Eine besondere Domäne der Haftung für Rechtsakte stellt die Verantwortlichkeit für judikatives Unrecht dar[94].

4. ERGEBNIS DER BETRACHTUNGEN

4.1 Zusammenfassung

Jeder der drei Bereiche staatlicher Gewalt (Legislative, Judikative, Exekutive) verursacht rechtswidrige hoheitliche Schädigungen, welche (potentiell) ins Gebiet der Amtshaftung fallen. Der gegenwärtige Ausbildungsstand des schweizerischen Amtshaftungsrechts ist jedoch nicht dergestalt, dass alle möglichen Schadentatbestände eine vermögensrechtliche Verantwortlichkeit nach sich ziehen. So fehlen für die Haftung aus Gesetzgebungsschäden weitgehend die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen (abstrakte Normenkontrolle). Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit für Justizschäden stellt ein Problem der Haftung für Rechtsakte dar. Sie berührt die Frage nach dem Verhältnis zwischen der Verantwortlichkeitsklage und anderen Rechtsmitteln. Im Bereich der Hoheitsverwaltung ist zwischen schädigenden Eingriffen und schädigenden Einwirkungen durch schlichtes Hoheitshandeln zu unterscheiden, wobei die Ursache der Rechtsverletzung sowohl in einem Real- wie in einem Rechtsakt liegen kann.

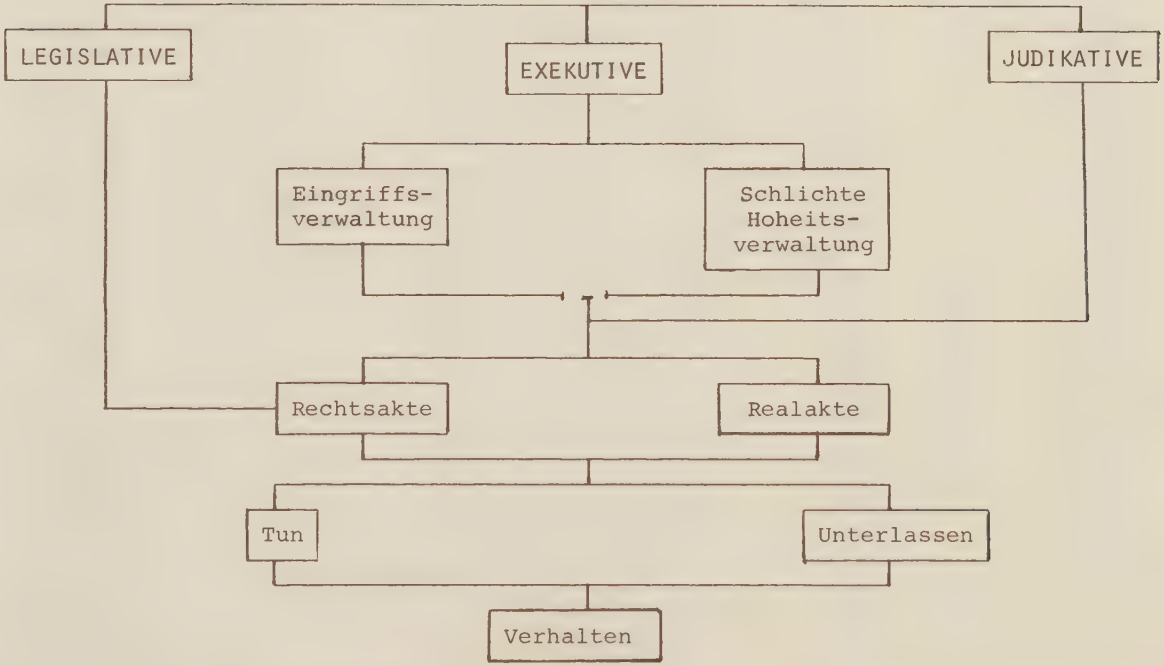
---

93 Vgl. zur Verbindlichkeit behördlicher Auskünfte und Zusagen: Th.FLEINER, Grundzüge 240, 317ff.; U.GUENG, Auskünfte und Zusagen v.a. 497ff. (haftungsrechtlicher Aspekt); K.SAMELI 366ff.,383ff..

94 Vorn § 10 II..

4.2 Uebersicht

SCHÄDIGUNGEN DURCH HOHEITLICH-RECHTSWIDRIGE VERRICHTUNGEN



ZWEITER ABSCHNITT:

DER ANWENDUNGSBEREICH DER AMTSHAFTUNG (SACHLICHER GELTUNGSBEREICH)

VORBEMERKUNGEN

Die Beschreibung des Instrumentariums der Amtshaftung hat den Geltungsbereich der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit von Staat und Beamten vom einzelnen Tatbestand und dessen Merkmalen her beleuchtet[1)]. In diesem Abschnitt gilt es, den rechtstheoretischen Bezug herzustellen. Wann haftet das Gemeinwesen nach öffentlichem Recht und für welche Schadenfälle ist Privatrecht anzuwenden? So lauten die sich hier stellenden Fragen. Es geht also im wesentlichen um die Abgrenzung der Begriffe "hoheitlich" (Amtshaftung) und "gewerblich" (Haftung nach Privatrecht).

---

1 Vorn § 7ff..

ALLGEMEINE GRUNDSÄTZE ZUM ANWENDUNGSBEREICH DER AMTSHAFTUNG

I. ÜBERSICHT

Der sachliche Geltungsbereich der Amtshaftung wird durch die Abgrenzung zwischen "hoheitlichen" und "gewerblichen" Verrichtungen bestimmt. Nur dort, wo der Staat oder der Beamte anlässlich der Erfüllung h o h e i t l i c h e r[2] Aufgaben rechtswidrig Schaden verursacht, ist das Amtshaftungsrecht anwendbar. Ist die schädigende Verrichtung auf ein menschliches Fehlverhalten zurückzuführen - im Gegensatz zu einem schädigenden Zustand - muss zudem, damit das Amtshaftungsrecht Platz greift, der Schadensakt bei der Staatshaftung dem Staat, bei der Beamtenhaftung dem Beamten zugerechnet werden können. Der staatliche Funktionär muss "in Ausübung der amtlichen Verrichtungen" Schaden verursacht haben. Auf das Merkmal der Zurechnung wird hier nicht näher eingegangen. Diesbezüglich kann auf die Behandlung der analogen Problematik im Falle von OR 55 verwiesen werden[3/4]. Im folgenden wird der Begriff "in Ausübung der amtlichen Verrichtungen" lediglich auf seine Beziehung zum aktionstypischen Merkmal der "Hoheitlichkeit" hin untersucht.

---

2 Vgl. die Bemerkungen vorn § 1 FN 15.

3 Vgl. dazu: K.OFTINGER II/1 144ff.; P.PORTMANN 33ff., 68f..

4 Vgl. z.B. Schadensakte EMD Nr. 2004.24/76/ Nr. 461.57/74: Ein Beamter des EMD verursachte auf der Rückreise einer Dienstfahrt einen Verkehrsunfall. Dabei wurde eine Fussgängerin tödlich verletzt. Da er nicht auf kürzestem Weg zurück an seinen Dienstort gelangte, um das Bundesfahrzeug abzugeben, sondern wegen privaten Anliegen einen Umweg machte, wo sich dann der Unfall ereignete, wurde der Schadensakt als Folge eines ausserdienstlichen Verhaltens qualifiziert. Die Haftung des Bundes als Halter des Motorfahrzeuges war nach SVG natürlich gegeben. Da es sich um eine unerlaubte Privatfahrt handelte (= nicht in Ausübung amtlicher Verrichtungen), richtete sich der Regress nicht nach dem VG des Bundes.

Die Unterscheidung zwischen "hoheitlichen" und "gewerblichen" Schädigungen stellt kein spezifisch haftungsrechtliches Wesensmerkmal dar. In ihr spiegelt sich die der gesamten Rechtsordnung zugrunde liegende Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht wieder. Damit ist ausgedrückt, dass die Unterscheidung der Begriffe "hoheitlich" und "gewerblich" nach r e c h t s t h e o r e t i s c h e n Kriterien zu erfolgen hat[5]. Abzulehnen ist die von einzelnen Autoren[6] vorgeschlagene Lösung, wonach sich die Abgrenzung danach zu richten hat, ob im öffentlichrechtlichen Haftpflichtschutz Lücken bestehen oder nicht. Die im öffentlichen Recht mangelhaft ausgebauten Haftungserlasse können im Einzelfall zwar dazu führen, dass für rechtswidrige Schädigungen aus hoheitlichen Verrichtungen aufgrund des Privatrechts Schadenersatz zu leisten ist[7]. An der Abgrenzung der Begriffe "hoheitlich" und "gewerblich" ändert diese Tatsache jedoch keinen Deut. Insbesondere bewirkt die Anwendung privatrechtlicher Normen auf hoheitliche Schadentatbestände nicht, dass diese als "gewerbliche" zu beurteilen sind.

II. TERMINOLOGISCHES

Fast endlos ist die Reihe jener Definitionen, in denen die Begriffe "hoheitlich", "gewerblich" und "amtlich/dienstlich" interpretiert werden. Manche dieser Umschreibungen tragen wenig zur Klarheit der Ausdrücke bei und bewirken oft das Gegenteil.

---

5 Vgl. dazu vorn § 3 I. 4.2.
6 Hierüber hinten § 13 II..
7 Wie das bei der Haftung des Gemeinwesens für den mangelhaften Unterhalt öffentlicher Werke aufgrund von OR 58 der Fall ist. Vgl. dazu vorn § 10 III. 2.3.

Es wird hier darauf verzichtet, näher auf die einzelnen Auffassungen einzugehen. Dazu sei lediglich folgendes bemerkt:

Unterschiede in den verschiedenen Definitionen ergeben sich beispielsweise dadurch, dass einzelne Autoren "amtlich" mit "hoheitlich" gleichsetzen[8] oder "gewerblich" als "wirtschaftlich" interpretieren. Beides ist unzutreffend. "Amtlich" beschreibt die Eigenschaft einer Person, welche in der Funktion als staatlicher Angestellter tätig wird. Daneben hat der staatliche Funktionär aber auch eine "ausseramtliche" Sphäre, in der er als Privatperson handelt. "Wirtschaftlich" ist ein ökonomischer Begriff, der sowohl für die "hoheitliche" wie für die "gewerbliche" Verwaltungstätigkeit zutrifft[9].

Angesichts der Bedeutung dieser Begriffe für die folgenden Ausführungen sei nochmals auf ihre Umschreibung hingewiesen, wie sie eingangs der Arbeit vorgenommen wurde[10]. Werden die dort gemachten Bemerkungen zusammengefasst, so ist festzuhalten: Die Bezeichnung eines Verhaltens als "amtlich" ergibt sich durch die Eigenschaft, in der ein staatlicher Funktionär tätig wird. Die Handlung eines Amtsträgers erhält ihr Gepräge als "hoheitliche" oder "gewerbliche" Verrichtung nicht von der sie vollführenden Person, sondern vom Zweck der Aufgabe, die im besonderen Fall wahrgenommen wird[11].

---

8 Vgl. den Nachweis vorn § 1 FN 27; hinten § 13 I. 2. a.E..
9 Vorn § 10 III. 2.2 bei FN 62.
10 Vorn § 1 II. 3..
11 Mit den Begriffen "amtlich", "hoheitlich" und "gewerblich" befassen sich auch die neueren Entscheide: BGE 102 (1976) II 45ff.; BGE 102 (1976) Ib 314ff.; BGE der 1. Zivilabteilung vom 30. Juni 1975 i.S. Plane-Rental AG c. Kt. ZH (auszugsweise wiedergegeben, in: BlZR 75 (1976) Nr. 23 S. 82ff.).

KRITERIEN ZUR ABGRENZUNG DER BEGRIFFE "HOHEITLICH" UND "GEWERBLICH"

I. IM ALLGEMEINEN

Indem hier die Auffassung vertreten wird, die Abgrenzung zwischen "gewerblichen" und "hoheitlichen" Verrichtungen sei ein Aspekt der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht, ist zugleich festgehalten, dass die Abgrenzung der beiden Begriffe nach r e c h t s t h e o r e t i s c h e n Gesichtspunkten geschehen muss. Die Merkmale, welche diese Methode auszeichnen,wurden vorn [1] aufgeführt. Auf die dort gemachten Bemerkungen sei hiermit verwiesen.

An dieser Stelle gilt es, jenen Auffassungen entgegenzutreten, welche die Grenzziehung zwischen "hoheitlichen" und "gewerblichen" Schädigungen zum Anlass nehmen, um Lücken im öffentlich-rechtlichen Haftpflichtschutz zu stopfen. Eine derartige Abgrenzungsmethode läuft darauf hinaus jene schädigenden Verrichtungen als "gewerblich" zu qualifizieren, für welche im Amtshaftungsrecht die Rechtsgrundlagen fehlen[2]. Darauf wird im nächsten Paragraphen (§ 13) eingegangen.

---

1 Dazu vorn § 3 I. 4.2.
2 Vgl. auch die Bemerkungen vorn § 3 FN 42.

II. IM EINZELNEN

Auch wenn feststeht, dass die Abgrenzung zwischen "hoheitlichen" und "gewerblichen" Verrichtungen nach rechtstheoretischen Kriterien zu erfolgen hat, ergeben sich im Einzelfall oft Schwierigkeiten. Es ist nicht so, "dass G r e n z f ä l l e, in denen die Zuteilung eines Schadenfalls zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht ungewiss ist, nicht sehr häufig auftreten" [3]. Die Abgrenzung zwischen "hoheitlichen" und "gewerblichen" Verrichtungen ruft vielfach Unsicherheiten hervor. Diese Tatsache zeigt deutlich der nachfolgend wiedergegebene Passus aus der Botschaft des Regierungsrates des Kts. Thurgau vom 5. April 1977 betreffend die Revision des kantonalen Verantwortlichkeitsgesetzes [4]. Vorweg sei darauf aufmerksam gemacht, dass auch die zitierte Stelle nicht scharf zwischen den Begriffen "hoheitlich" und "amtlich" unterscheidet:

> "Die Schadenzufügung muss schliesslich in Ausübung einer amtlichen Verrichtung erfolgen. Diese Formulierung folgt im Gegensatz zu den Haftungsgesetzen verschiedener anderer Kantone, die von hoheitlicher Verrichtung sprechen, bewusst dem Text von Art. 61 Abs. 1 OR. Der Begriff der "hoheitlichen" Tätigkeit ist in seinem Inhalt ungeklärt und wird von der Doktrin vielfach unter Ausklammerung der Leistungsverwaltung nur für die klassischen Staatsfunktionen gebraucht. Mit der Anlehnung an das OR wird auf eine eigene Auslegung und Aufzählung von Kriterien für die amtliche bzw. gewerbliche Tätigkeit verzichtet. Es wird auf die gerichtliche Praxis zu Art. 61 OR verwiesen, die zwar gegenwärtig im Fluss ist, aber gerade dadurch aufzeigt, dass mit einer eigenen Interpretation wenig gewonnen werden kann. Als Richtschnur mag immerhin ein bereits älterer Entscheid des kantonalen Obergerichts gelten, welches als Amtshandlung definiert hat "jedes Auftreten eines Beamten, das dem Dritten bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit als Handeln in amtlicher Stellung oder zu amtlichem Zweck erscheinen muss (RBOGr 1941, S. 59/60)".

---

3 K.OFTINGER II/1 122f.. Es ist hinzuzufügen, dass auch K.OFTINGER II/1 122f. erwähnt, dass die Frage in der Praxis nicht eindeutig gelöst werde und dass die Abgrenzung Schwierigkeiten bereiten könne. Vgl. die von K.OFTINGER II/1 129ff. zusammengestellte Kasuistik "über die Abgrenzung der "hoheitlichen" ("amtlichen") von den "gewerblichen" Verrichtungen".

4 BOTSCHAFT TG S. 17f..

Im einzelnen mag es sich empfehlen, bei der Frage, ob ein rechtswidriges Verhalten nach öffentlichem oder nach privatem Recht zu beurteilen ist, auf die Natur des Rechtsverhältnisses abzustellen, innerhalb dem sich die schädigende Verrichtung ereignet. Es ist zu untersuchen, ob Befehl und Zwang für diese Rechtsbeziehung charakteristisch sind. Ferner ist abzuklären, ob die fragliche Tätigkeit ihrem Zweck nach sinnvoll nur vom Staat wahrgenommen werden kann oder ob dieselbe Aufgabe ebenso gut Private erfüllen können, ohne dass ihnen besondere Mittel und Möglichkeiten zur Verfügung gestellt werden. Immer bleibt zu prüfen, welche Typen der Rechtsgestaltung (Privatautonomie/ Hoheitsakt) für den betreffenden Sachverhalt kennzeichnend sind. Dabei darf nicht ausser acht gelassen werden, dass heute die hoheitliche Verwaltungstätigkeit oft in Formen des bürgerlichen Rechts gekleidet ist, materiell aber öffentliches Recht darstellt. Augenfällig wird diese Erscheinung bei den Leistungen aus dem Bereich der Daseinsvorsorge[5]. Im modernen Leistungsstaat gerät der Einzelne durch solche Einrichtungen in eine Abhängigkeit,die ihn in eine Rechtslage drängen, welche faktisch einem Subordinationsverhältnis gleichkommt. Rechtswidrige Schädigungen aus derartigen Leistungsverhältnissen sind als hoheitlich zu qualifizieren, selbst wenn sie in Formen des Privatrechts ergehen.

Diesen Erscheinungswandel staatlicher Gewalt gilt es primär rechtstheoretisch zu erkennen. Aus dem Gesagten ergibt sich die Forderung, den öffentlichrechtlichen Haftpflichtschutz derart auszugestalten, dass er für eine sachlich richtige Lösung garantiert. Sachlich richtig ist diejenige Lösung, die eine nach staatlichen Tätigkeitsbereichen und der für sie typischen Einwirkungsform sowie den betroffenen Rechtsgütern differenzierte

---

5 Zum Begriff vorn § 1 FN 3.

Haftung zulässt. Diesen Haftungsspielraum kann die privatrechtliche Haftungsordnung deshalb nicht vermitteln, weil sie von der Gleichordnung von Opfer und Schädiger ausgeht [6].

Besteht nicht nur formalrechtlich, sondern auch faktisch ein Zustand der Gleichordnung, d.h. unterscheidet sich staatliches Verhalten nicht von Verhaltensweisen, wie sie auch Privatpersonen an den Tag legen, so hat die privatrechtliche Haftungsordnung einzugreifen. Dasselbe gilt für die Haftung aufgrund von Spezialgesetzen[7]. Hier gebührt der einheitlichen Bewertung gleicher Geschehnisabläufe der Vorrang[8].

---

6 Der Systemgedanke der Privatrechtsordnung beruht auf der Vorstellung der Gleichheit der beteiligten Rechtsträger. Ausfluss dessen ist der Grundsatz der Privatautonomie. Er verbürgt eine optimale Freiheit der Rechtsgestaltung, vorausgesetzt die Chancengleichheit der Rechtsausübung und Rechtsverwirklichung bleibt gewahrt. Diese Chancengleichheit ist jedoch heute durch Aufkommen wirtschaftlicher Mächte faktisch gesehen nicht immer die Regel (vgl. grundlegend K.H.BIEDENKOPF 14ff.; ferner auch J.GROSS 116f.; vorn § 3 I. 2. bei FN 26). Zeugnisse dieses Phänomens sind z.B.: Mieterschutz, Konsumentenschutz (Produktehaftung), kartellrechtlicher Schutz.

7 Z.B. SVG (Teilnahme von Dienstfahrzeugen am öffentlichen Verkehr).

8 H.-J.VOGEL 32.

DAS VERHÄLTNIS DER BEGRIFFE "HOHEITLICH", "GEWERBLICH" UND "AMTLICH" ZUEINANDER

I. ARTIKEL 61 OR

OR 61 grenzt - in Verbindung mit ZGB 59 Abs. 1 [1] - die Amtshaftung von der Haftung des Gemeinwesens und der Beamten nach Privatrecht ab. Zugleich wiederholt dieser Artikel als unechter Vorbehalt [2] die kantonale Rechtsetzungskompetenz auf dem Gebiet des Amtshaftungsrechts. Daraus folgt, dass die kantonale Gesetzgebung den durch h o h e i t l i c h e Verrichtungen Geschädigten gegenüber der privatrechtlichen Haftungsordnung besser, gleich oder schlechter stellen kann [3].

"Die öffentlich-rechtliche und die privatrechtliche Haftungsordnung stehen unabhängig nebeneinander" [4]. Daher ist die Abgrenzung zwischen der Amtshaftung und der unerlaubten Handlung gemäss OR 41ff. von praktischer Tragweite [5]. Mit dieser Tatsache beschäftigen sich die nachstehenden Ausführungen. Auszugehen ist dabei vom Wortlaut von OR 61.

---

1 Vorn § 5 II. 2.3.
2 Zum Begriff des unechten Vorbehalts vorn § 5 FN 73.
3 H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 90.
4 BGE 102 (1976) Ib 319.
5 Vorn § 3 I. 3.; § 3 II..

1. DER WORTLAUT VON OR 61

(Abs. 1) "Ueber die Pflicht von öffentlichen Beamten und Angestellten, den Schaden, den sie in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursachen, zu ersetzen oder Genugtuung zu leisten, können der Bund und die Kantone auf dem Weg der Gesetzgebung abweichende Bestimmungen aufstellen."

(Abs. 2) "Für gewerbliche Verrichtungen von öffentlichen Angestellten können jedoch die Bestimmungen dieses Abschnittes durch kantonale Gesetze nicht geändert werden."

2. DIE BEDEUTUNG VON OR 61

OR 61 Abs. 1 stellt einen unechten Vorbehalt dar. Der Artikel wiederholt, was bereits kraft verfassungsmässiger Kompetenzausscheidung gilt: Im hoheitlichen Bereich sind die Kantone autonom. Sofern ihre Befugnisse nicht durch die Verfassung eingeschränkt werden, sind sie für die Gesetzgebung in öffentlichrechtlichen Fragen zuständig.

Das gilt insbesondere für das Gebiet der Amtshaftung. Ein Bundesgerichtsurteil aus dem Jahre 1893 [6] umschreibt diese Tatsache folgendermassen:

> "Der besonderen Gesetzgebung des Bundes und der Kantone wird daher vorbehalten, diesen öffentlich-rechtlichen Erwägungen Rechnung zu tragen und die Anwendung der allgemeinen civilrechtlichen Grundsätze hier auszuschliessen."

---

6 BGE 19 (1893) 852; das Urteil befasst sich mit der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit von Behördemitgliedern aufgrund von aOR 64. - Art. 64 aOR (vgl. den Wortlaut in: AS NF 5 (1880-1881) S. 646; dazu E.ZIEGLER 498f.) stimmt sinngemäss mit der Bestimmung von OR 61 überein.

Dazu die folgenden Bemerkungen:

- Weil die Bestimmung von OR 61 einen unechten Vorbehalt darstellt, ergibt sie keine Grundlage ab, um daraus eine Interpretation der Begriffe "hoheitlich" und "gewerblich" zu gewinnen. Diese Abgrenzung ergibt sich aus der dem Haftpflichtrecht übergeordneten Einteilung der Rechtsordnung in öffentliches und privates Recht.

- In OR 61 Abs. 1 bleibt unausgesprochen, dass das öffentliche Recht für die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten dort von OR 41ff. abweichende Bestimmungen aufstellen kann, wo diese "in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen" anlässlich der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben rechtswidrig Schaden verursachen. Es ist nicht notwendig, dass dieser Aspekt in OR 61 Abs. 1 tatbestandsmässig festgehalten wird, weil er sich aus der verfassungsmässigen Kompetenzausscheidung ergibt. OR 61 Abs. 1 begründet als unechter Vorbehalt keine neuen Zuständigkeiten. Dieser Artikel hat lediglich deklaratorische Bedeutung. OR 61 Abs. 1 wiederholt, dass der Beamte für Schädigungen, die er nicht in Ausübung seiner amtlichen Verrichtungen, sondern ausserdienstlich verursacht, der privatrechtlichen Haftungsordnung unterliegt. Nimmt ein staatlicher Funktionär in missbräuchlicher [7] Ueberschreitung seiner amtlichen Stellung hoheitliche Aufgaben wahr und verursacht dabei rechtswidrig einen Schaden, so ist er haftungsrechtlich

---

7 Das gilt für die von sachfremden Motiven geleitete, zweckwidrige Ausübung der Amtsgewalt, die nicht mehr in den Kompetenzbereich des fraglichen Beamten fällt. Vgl. zu diesem Aspekt: Th.FLEINER, Grundzüge 322; U.GUENG, Entschädigungspflicht 196 FN 34; O.K.KAUFMANN, Verantwortlichkeit der Beamten 260af.; ders., Haftung des Staates 569; M.KUHN 59; H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 55f..

nicht mehr privilegiert[8]. Er hat für derartige Vermögensbeeinträchtigungen nach Privatrecht einzustehen.

Der Begriff "in Ausübung amtlicher Verrichtungen" beschreibt die Eigenschaft einer Person, in welcher sie tätig wird. Er bezeichnet nicht die Natur einer Aufgabe. Es ist somit nicht statthaft, die Begriffe "amtliche Verrichtung" und "gewerbliche Verrichtung", wie sie die Absätze 1 und 2 OR 61 zur Sprache bringen, einander entgegenzusetzen, um daraus eine Methode zur Abgrenzung zwischen der öffentlichrechtlichen und der privatrechtlichen Haftungsordnung zu gewinnen. Dass diese Abgrenzungsmethode verbreitet ist, bestätigen Definitionen, welche die gewerblichen Verrichtungen als Tätigkeiten umschreiben, "die in sich keinerlei Amtscharakter aufweisen"[9], oder noch deutlicher festhalten, "dass heute unter "amtlicher Verrichtung" die hoheitliche Tätigkeit und unter "gewerblicher Verrichtung" die nicht hoheitliche Tätigkeit des Gemeinwesens zu verstehen

---

8 Der Begriff "in Ausübung amtlicher Verrichtung" stellt deshalb einen Privilegierungsfaktor dar, weil der staatliche Funktionär, der anlässlich der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben, die er in Ausübung seiner amtlichen Verrichtungen wahrnimmt, sowohl bei der externen wie bei der internen Beamtenhaftung meistens nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haftpflichtig wird, also nicht wie bei OR 41ff. für jedes Verschulden einzustehen hat. - Vgl. auch: W.BURCKHARDT, Organisation der Rechtsgemeinschaft 388 insbes. FN 1: "Gehen aber staatliche Organe über ihre Zuständigkeit hinaus, so handeln sie nicht mehr als Organe, sondern als Privatpersonen; ...".

9 D.WEBER 62 insbes. FN 8 mit Berufung auf die Doktrin (Hervorhebung durch mich).

ist"[10/11]. Hinter diesen Aeusserungen steht eine Lehre, die im folgenden skizziert (II.) und zu der anschliessend (III.) Stellung genommen wird.

Als Quintessenz der hier gemachten Feststellungen ist zusammenzufassen:

Solange der staatliche Funktionär seinen Kompetenzbereich nicht überschreitet, ist sein Tätigwerden bei der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben nicht mehr und nicht weniger "amtlich" als bei der Wahrnehmung gewerblicher Obliegenheiten.

II. ZUR BEDEUTUNG VON OR 61 ALS MITTEL ZUR LÜCKENFÜLLUNG IM ÖFFENTLICHEN HAFTPFLICHTRECHT

Die Auffassung, wonach die Unterscheidung zwischen "hoheitlichen" und "gewerblichen" Verrichtungen als Mittel zur Behebung der Unzulänglichkeiten im öffentlichen Haftpflichtschutz herangezogen werden kann[12], geht von folgenden Vorstellungen aus:

---

10 H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 92 insbes. FN 6 mit Berufung auf die Doktrin (Hervorhebung durch mich).

11 Im gl.S. auch: Th.FLEINER, Grundzüge 322; M.KUHN 60; BOTSCHAFT TG 17f. (Zitat vorn § 12 II. bei FN 4) und die vorn § 1 FN 27 zit. Autoren. - Dass "amtlich" nicht "hoheitlich" bedeutet, kann mit Art. 11 Abs. 1f. des VG des Bundes bewiesen werden. Danach haftet der Bund für alle schädigenden Rechtsverletzungen - unabhängig davon, ob es sich um hoheitliche oder gewerbliche Verrichtungen handelt - die der Beamte in "amtlicher" Eigenschaft anrichtet. Schädigt der fehlbare Beamte dagegen in der Eigenschaft als Privatperson, so gilt Zivilrecht.

12 Im Ergebnis führt, übertragen auf das Haftpflichtrecht, auch die von Th. FLEINER, Grundzüge 39ff., vorgeschlagene "Methode der Konsequenz" zu diesem Vorschlag, vgl. vorn § 3 FN 3.

Diese Lehre beruht auf dem Gedanken, dass Abs. 1 und Abs. 2 von OR 61 Gegensätze darstellen, was durch die Begriffe "amtliche Verrichtung" und "gewerbliche Verrichtung" ausgedrückt werde. Aus der willkürlichen Gegenüberstellung [13] der beiden Ausdrücke wird auf ihre Bedeutung geschlossen und die Prämisse gesetzt: "Da der erste Absatz des Art. 61 OR. eine Ausnahmevorschrift statuiert, der zweite Absatz zu der Grundnorm zurückkehrt, so darf ersterer nach anerkanntem Rechtsgrundsatz nicht ausdehnend interpretiert werden" [14], oder umgekehrt: "Da Absatz 2 der Grundnorm des Zivilrechts entspricht, kann er, darf er extensiv ausgelegt werden, das zeigt sich besonders bei der Ueberlegung, dass Sondernormen immer nur dort zur Anwendung kommen sollten, wo sie von unbedingter Wichtigkeit sind" [15]. Diese Ansicht führt zur These, "dass immer vorerst Gewerblichkeit einer Verrichtung angenommen werden, dass also die Hoheitlichkeit bewiesen werden muss" [16].

Ueber das Beweisverfahren soll also erreicht werden, was - wie die vorn [17] wiedergegebenen Stellen zeigen - pointiert ausgedrückt heisst: amtlich ist, was nicht gewerblich ist.

So einfach liegen die Dinge indes nicht. Diese Lehre geht von falschen Voraussetzungen aus und gibt zu Bedenken Anlass. Dazu die folgenden Bemerkungen.

---

13 So A.GERWIG 86; gl.M. Ph.STAEHELIN 89.
14 H.KUCZYNSKI 59 insbes. FN 317.
15 A.GERWIG 87.
16 A.GERWIG 156, ferner 116, 127. Gl.M.: H.KUCZYNSKI 45; BGE 55 (1929) II 198.
17 Vgl. die vorn § 13 FN 9ff. zit. Autoren; ferner A.GERWIG 88; H.KUCZYINSKI 45.

III. STELLUNGNAHME ZU DIESEN ABGRENZUNGSMETHODEN

1. GRUNDSÄTZLICHES

Vorauszuschicken ist, dass nicht bestritten wird, dass im öffentlichen Haftpflichtschutz Lücken bestehen. Diese Tatsache macht die Anwendung des zivilen Rechts solange nötig, als das öffentliche Recht ungenügend ausgestaltet ist. Kritisiert wird hier die vorstehend geschlilderte Abgrenzungsmethode deswegen, weil sie weder der Sache dienlich noch rechtstheoretisch haltbar ist. Abzulehnen ist ferner die Begründung dieser Theorie durch OR 61. Darin stellen die Begriffe "amtliche Verrichtungen" (Abs. 1) und "gewerbliche Verrichtungen" keine Gegensätze dar. Sie können daher einander nicht gegenübergestellt werden.

Die Lehre, mit welcher versucht wird, die Abgrenzung zwischen "hoheitlichen" und "gewerblichen" Schädigungen und demnach die Trennung zwischen öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Haftungsordnung als Mittel zu verwenden, um die Unzulänglichkeiten im öffentlichrechtlichen Haftpflichtschutz zu beheben, beruht auf falschen Voraussetzungen (2.), ist irreführend (3.) und rechtstheoretisch bedenklich (4.).

2. DIE FALSCHEN VORAUSSETZUNGEN

OR 61 bietet keine Grundlage, auf welche sich die hier kritisierte Auffassung abstützen lässt. Wie vorn[18)] dargelegt wurde, bildet der Begriff "amtliche Verrichtung" von Abs. 1 keinen

---

18 Vorn § 13 I. 2..

Gegensatz zum Ausdruck "gewerbliche Verrichtung" von Abs. 2. "Amtlich" ist nicht identisch mit "hoheitlich" und von "hoheitlich" ist in OR 61 Abs. 1 nicht die Rede. Dieser Begriff spielt in diesem Zusammenhang ohne Zweifel eine Rolle. Er ergibt sich jedoch nicht aus OR 61 Abs. 1. Das Fehlen des Begriffes "hoheitlich" in OR 61 Abs. 1 ist deshalb nicht bedeutsam, weil OR 61 Abs. 1 einen unechten Vorbehalt darstellt. Entscheidend ist dagegen, dass in Abs. 1 von "amtlich" die Rede ist. Damit wird ausgedrückt, dass sowohl OR 61 Abs. 1 wie Abs. 2 den gleichen Gesichtspunkt beleuchten, nämlich den Grundsatz der Rechtsgleichheit [19]. Der staatliche Funktionär soll dort dem Bürger haftungsrechtlich gleichgestellt werden, wo er sich von ihm nicht unterscheidet. Abs. 1 beleuchtet diesen Aspekt von der Eigenschaft her, in welcher der Beamte den Schaden verursacht. Handelt der Amtswalter ausserdienstlich, d.h. wird er als Privatmann tätig, beurteilt sich sein Verhalten aufgrund des Privatrechts. Abs. 2 erfasst den Grundsatz der Rechtsgleichheit von den zu erfüllenden Aufgaben her. Nimmt der staatliche Funktionär in Ausübung seiner amtlichen Verrichtungen gewerbliche Aufgaben wahr, so tritt er dem Bürger als gleichgeordnetes Rechtssubjekt entgegen [20]. Schädigt er dabei Private, so ist er auch haftungsrechtlich - dasselbe gilt für die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Gemeinwesens - wie ein Privater zu behandeln. Es gilt bürgerliches Recht. Von Gegensätzen zwischen Abs. 1 und 2 ist keine Rede.

---

19 Der Grundsatz der Rechtsgleichheit bedeutet, allgemein ausgedrückt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln ist, vgl. z.B. BGE 101 (1975) Ia 200.

20 BGE 102 (1976) II 47.

3. DER ASPEKT DER IRREFÜHRUNG

Irreführend ist diese Lehre deshalb, weil sie stillschweigend voraussetzt, dass der Haftpflichtschutz im öffentlichen Recht gegenüber demjenigen des privaten Rechts für geschädigte Drittpersonen nachteiliger ist. Diese Auffassung stimmt insoweit, als heute im Amtshaftungsrecht ein allgemeiner Haftungstatbestand analog zu OR 41 fehlt. Diese Ueberlegung verliert jedoch dann an Bedeutung und verkehrt sich in ihr Gegenteil, wenn die originäre-verschuldensunabhängige Staatshaftung [21] eingeführt ist. Ist die Staatshaftung derart ausgestaltet, wird der Geschädigte gegenüber der privatrechtlichen Regelung von ZGB 55 [22] und OR 55 [23] besser gestellt. Ihm ist also unter diesen Voraussetzungen keineswegs gedient, wenn der Rahmen der gewerblichen Verrichtungen weit gesteckt wird [24].

4. DIE RECHTSTHEORETISCHEN BEDENKEN

Die Entscheidung darüber, ob eine rechtswidrige Verrichtung gewerblicher oder hoheitlicher Natur ist, kann nicht vom Entwicklungsstand der Amtshaftung abhängig gemacht werden. Solche Abgrenzungskriterien sind ungenau und vage, schlicht und einfach untauglich. Der Inhalt der Begriffe "hoheitlich" und

---

21 Zur originären-verschuldensunabhängigen Staatshaftung vorn § 6 II. 2.4.2.

22 Bei ZGB 55 stellt das Verschulden des Organs im Gegensatz zur originären-verschuldensunabhängigen Staatshaftung eine Haftungsvoraussetzung dar.

23 Nach OR 55 kann sich der Geschäftsherr durch den Befreiungsbeweis entlasten, was für das Gemeinwesen im Falle der originären-verschuldensunabhängigen Staatshaftung nicht möglich ist.

24 Hier ist an die vorn § 3 FN 55 zit. Feststellung von M.REHBINDER, Festschrift 402, zu erinnern, wonach das öffentliche Recht durch Einführung der verschuldensunabhängigen Staatshaftung zum Vorreiter der Zivilrechtsentwicklung werden dürfte. Vgl. zu diesem Aspekt hinten § 17 II..

"gewerblich" bestimmt sich nicht durch die im öffentlichrechtlichen Haftpflichtschutz vorhandenen Lücken. Der Haftpflichtschutz kann von Kanton zu Kanton verschieden sein[25]. Wer diesen Umstand zur Richtschnur für die Abgrenzung zwischen öffentlicher und privatrechtlicher Haftungsordnung macht, öffnet der Rechtsunsicherheit Tür und Tor. Für den Rechtsschutzsuchenden bleibt ungewiss, ob sich der Richter in seinem Fall[26] zum Grundsatz der Gesetzmässigkeit der staatlichen Entschädigung[27] bekennt und keinen Schadenersatz gewährt oder ob er, beispielsweise aus Billigkeitsüberlegungen, das Gemeinwesen bzw. den Beamten aufgrund privatrechtlicher Normen ersatzpflichtig erklärt. Entschliesst sich der Richter zur privatrechtlichen Lösung, so darf dieser Umstand nicht darüber hinwegtäuschen, dass diese Praxis das Legalitätsprinzip letztlich zur Frace macht. Denn es kann nicht der Sinn der Bindung der Staatsgewalt an das Gesetz sein, dass, falls im öffentlichen Recht eine adäquate Regelung fehlt, - selbst wenn eine solche notwendig wäre - der Richter einfach ins Privatrecht ausweicht. Damit wird das Legalitätsprinzip gleichermassen durchbrochen[28], wie wenn direkt aufgrund (nicht vorhandener) öffentlichrechtlicher Normen Ersatz geleistet würde.

Obwohl die hier besprochene Theorie achtenswerte Anliegen vorbringt, nämlich den öffentlichrechtlichen Haftpflichtschutz zu verbessern, führt die Art und Weise, wie sie vor-

---

25 Vgl. die Zusammenstellung vorn § 5 I., III..

26 Es geht um den Tatbestand der rechtswidrigen Schädigung durch hoheitliche Verrichtungen, wofür das öffentliche Recht im konkreten Fall keinen Haftpflichtschutz gewährt.

27 Zur Bedeutung des Gesetzmässigkeitsprinzips im Amtshaftungsrecht hinten § 14 III..

28 Gl.M. z.B.: R.BINSWANGER 12.

getragen wird, dazu, dass durch Billigkeits- und Opportunitätsüberlegungen die strukturellen Mechanismen der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht fälschlicherweise verschoben werden. Sie bedingt auch, dass unter Umgehung des Gewaltenteilungsprinzips unzulängliche Zustände institutionalisiert werden. Fehlt es im öffentlichen Recht an Haftungsnormen, obschon solche einem rechtsstaatlichen Bedürfnis entsprechen, so muss der Gesetzgeber auf den Plan gerufen werden [29]. Der Richter kann in solchen Situationen höchstens die Funktion der Feuerwehr erfüllen, er nimmt jedoch keine normativen Aufgaben wahr [30]. Das ist Sache der Legislative. Genau diesen Aspekt vertuscht diese Lehre, anstatt ihn zu betonen. Die Auffassung, welche in der Abgrenzung zwischen "hoheitlichen" und "gewerblichen" Verrichtungen ein Mittel zur Lückenfüllung der mangelhaft ausgestalteten öffentlichrechtlichen Haftungsordnung erblickt, mag zwar Symptome bekämpfen, die eigentlichen Mängel jedoch behebt sie nicht nur nicht, sie verdeckt sie gar. "Keine Rechtsordnung kann sich der Verpflichtung entziehen, zur Sicherung der

---

29 Vgl. zu diesem Aspekt: O.K.KAUFMANN, Verantwortlichkeit der Beamten 292a: "Das Bundesgericht hat durch eine extensive Anwendung des Bundeszivilrechts einzelne Härten gemildert, die sich aus dem Fehlen einer generellen öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflicht ergeben. Eine weitere Ausdehnung der Staatshaftung mit den Mitteln des Bundeszivilrechts durch die Rechtsprechung oder durch den Gesetzgeber würde jedoch zu unzulässigen Eingriffen in das öffentliche Recht der Kantone führen".

30 Vgl. zum Problem der Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung: O.A.GERMANN, Rechtsnormen 23f. insbes. FN 4 ("Der Primat des Gesetzes gilt selbst dann, wenn dessen Inhalt unbefriedigend sein mag; der Richter ist nicht befugt, es zu korrigieren oder in seinem Urteil zu missachten."); ferner A.MAURER, Rechtsfortbildung 184ff.; ders., Privatversicherungsrecht 87 FN 173, 267 FN 478. - Vgl. dazu auch hinten § 15 II..

Rechte und Ansprüche des Privaten gegenüber dem Staat b e s o n d e r e I n s t i t u t i o n e n zu schaffen"[31]. Solche Institutionen lassen sich jedoch nicht mittels fragwürdiger Tatbestandsfiktionen und durch interpretatorische Scheinbegründungen[32] in der Art der hier kritisierten Auslegung von OR 61 erzwingen.

---

31 M.IMBODEN, Erfahrungen 7a.

32 Vgl. zu den Begriffen der Tatbestandsfiktion und der interpretatorischen Scheinbegründung: A.MEIER-HAYOZ, BeKo Einleitungsbd., Art. 1 Nr. 336ff..

DRITTER ABSCHNITT:

SYSTEMATISCH-DOGMATISCHE GRUNDLAGEN DER AMTSHAFTUNG

1. UNTERABSCHNITT:

DIE AMTSHAFTUNG IM SYSTEM DES ÖFFENTLICHEN ENTSCHÄDIGUNGSRECHTS

§ 14

DIE AMTSHAFTUNG ALS INSTITUT DES ÖFFENTLICHEN ENTSCHÄDIGUNGSRECHTS

I. DAS ÖFFENTLICHE ENTSCHÄDIGUNGSRECHT[1)]

Die Gesamtheit der Normen, welche sich mit der Ersatzpflicht für in Ausübung öffentlicher Gewalt verursachte Schäden befassen, bildet das öffentliche Entschädigungsrecht. Es vereinigt eine Vielzahl staatlicher Pflichten zu Reparationsleistungen. Diesen Verbindlichkeiten ist gemeinsam, dass sie aus hoheitlichen Verrichtungen entstehen und sich deshalb von privatrechtlichen Ersatzpflichten abheben.

---

1 Vgl. auch vorn § 4.

Das öffentliche Entschädigungsrecht stellt in seiner heutigen Ausformung eine Zusammenfassung einzelner Anspruchsinstitute[2] verschiedenen Alters [3] und unterschiedlicher Entwicklungsstufe [4] dar. Das Rechtsgebiet ist unorganisch gewachsen [5]. Die einzelnen Institute sind aus verschiedenem Anlass entstanden. Deshalb fehlt es an einer eigentlichen Systematik. Lücken und Mängel im Haftpflichtschutz sind die Folgen. Es sind eher zwei Prinzipien, welche den Rechtsstoff einigermassen gliedern, nämlich: die Unterscheidung zwischen rechtmässig und widerrechtlich verursachtem Schaden einerseits, d.h. die Einteilung des öffentlichen Entschädigungsrechts in die Institute der öffentlich-rechtlichen Entschädigung und der Amtshaftung, sowie das Legalitätsprinzip andererseits.

---

2 So die öffentlichrechtliche Entschädigung, d.h. die Haftung für hoheitlich rechtmässig verursachten Schaden (vgl. die Bsple. vorn § 4 FN 4) und die Amtshaftung, d.h. die Haftung für hoheitlich rechtswidrig verursachten Schaden.

3 So z.B. die Institute der formellen und materiellen Enteignung (vgl. zum Begriff der materiellen Enteignung BGE 101 (1975) Ia 226 E. 2b; BGE 102 (1976) Ia 130). Vgl. dazu IMBODEN/RHINOW II Nr. 126-130.

4 So innerhalb der Amtshaftung der unterschiedliche Ausbildungsstand der kantonalen Erlasse, vgl. die Zusammenstellung vorn § 5.

5 Gl.M. sind z.B.: C.D.BEZZOLA 26; U.GUENG, Entwicklungstendenzen 352.

Die fehlende Uebersichtlichkeit und die ungenügende Gliederung der Materie hat gelegentlich Postulate aufkommen lassen[6], welche verlangen, das öffentliche Entschädigungsrecht sei als Ganzes in einem geschlossenen System und durch einen einheitlichen Rechtsgrund neuzuordnen. Gefordert wird also, dass das gesamte Gebiet der staatlichen Entschädigungspflicht auf einen gemeinsamen Nenner gebracht wird. Dadurch sollen die Unebenheiten beseitigt werden, welche durch die ungewisse Abgrenzung zwischen Haftung aus rechtswidriger und jener aus rechtmässiger Staatstätigkeit entstehen. Die Frage, ob es sinnvoller ist, die Schadenersatzleistungen der öffentlichen Hand für rechtmässig oder widerrechtlich verursachte hoheitliche Schadenverrichtungen getrennt und unabhängig voneinander oder zusammen unter einem einheitlichen Gedanken zu ordnen, kann offen bleiben. Ihre Beantwortung würde zudem den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Hier wird davon ausgegangen, dass die Amtshaftung und die öffentlichrecht-

---

6 So P.GRAFF 422aff.; NR EISENRING und NR ARNOLD, in: StenBull. 67 (1957) 817ff. bzw. 820ff.; E.HIS 25; O.K.KAUFMANN, Verantwortlichkeit der Beamten 338a (mit Zurückhaltung); A.SPRECHER von BERNEGG 111ff.. - Im Ergebnis führen auch die von: U.GUENG, Entschädigungspflicht 203, 236ff.; und P.U.ROSENSTOCK 273; gemachten Vorschläge zu dieser Forderung, vgl. dazu O.K.KAUFMANN, Sigriswil 64. - Dasselbe Problem, jedoch teilweise in abgewandelter Fragestellung, war Gegenstand der Verhandlungen des 41. (Berlin 1955) und des 47. (öffentlich-rechtliche Abteilung, Nürnberg 1968) Deutschen Juristentages. - Bei der Reform der Staatshaftung in der BRD wurde jedoch darauf verzichtet, das öffentliche Entschädigungsrecht in einem einheitlichen Gesamtkonzept zu regeln. Die Kommission beschränkte ihre Reformvorschläge auf Schädigungen durch hoheitliches Unrecht. Vgl. Näheres dazu bei: F.OSSENBUEHL, Staatshaftungsrecht 242ff.; H.-J.VOGEL 33, bemerkt, dass das Verhältnis der Staatshaftung zur Entschädigungspflicht des Gemeinwesens aus Enteignung besonders sorgfältig zu überprüfen sei und hält fest: "Leitlinie für die Abgrenzung ist hier, ob die Rechtsgütereinbusse durch rechtswidriges oder rechtmässiges hoheitliches Verhalten verursacht worden ist".

liche Entschädigung unabhängig nebeneinander bestehen, weil den beiden Instituten verschiedene Funktionen zukommen [7].

Der Mangel an Systematik und das Fehlen eines allgemeinen öffentlichrechtlichen Entschädigungsprinzips für rechtswidrig verursachten Schaden [8] haben ferner die Bestrebungen ausgelöst, unmittelbar aus der Verfassung ein öffentlichrechtliches Haftungsprinzip abzuleiten. Mit teilweise unterschiedlichen Begründungen wird versucht, die für den Rechtssuchenden verwirrende und oft enttäuschende Situation zu mildern. Mit Hilfe von Verfassungsgrundsätzen als Rechtsgrund [9] der staatlichen Entschädigungspflicht sollen die im positiven Recht vorhandenen, u.a. durch

---

7 Das Wesen der rechtmässigen Einwirkung, z.B. der Enteignung, liegt darin, dass eine Schädigung eben gerade unterbleiben soll. Der tatsächliche oder faktische Entzug von Rechten darf deshalb nur dann erfolgen, wenn das öffentliche Interesse gegenüber jenem, des von der Massnahme Betroffenen, überwiegt, und zusätzlich Entschädigung geleistet wird, vgl. BV 22 ter. (Auf die sich in diesem Zusammenhang stellende Frage, ob die Entschädigungsleistung bei der Enteignung Voraussetzung oder Folge der Massnahme ist, wird hier nicht eingegangen; vgl. F.GYGI, Eigentumsgarantie 263ff.; ders., Expropriation 83; P.SALADIN, Grundrechte 193ff.). - Bei der Enteignung sind die Behörden gezwungen, sich im voraus mit den mutmasslichen Einwirkungen des beabsichtigten Eingriffs auseinanderzusetzen (P.SALADIN, Grundrechte 195). Sie müssen versuchen, die Rechtswirkungen ihrer Massnahmen prospektiv zu erkennen. - Anders liegen die Dinge bei den widerrechtlichen Einwirkungen. Die Tatsache, dass eine Massnahme zu Ersatzleistungen verpflichtet, steht nicht zum voraus fest. Ebenso sind die Schädigungen nicht im öffentlichen Interesse verlangt. Sie treten als unvorhergesehene Begleiterscheinungen des Verwaltungshandelns ein. Vgl. dazu F.GYGI, Staatshaftung und Verwaltungsrechtspflege 226f, 236 Pkt. 2f..

8 Vgl. BGE 68 (1942) II 215.

9 Es gilt, die Begriffe "Rechtsgrund" und "Rechtsgrundlage" auseinanderzuhalten. Während unter "Rechtsgrundlage" die positive Norm zu verstehen ist, welche zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet, umschreibt der "Rechtsgrund" den Gedanken, welcher die Grundzüge einer rechtlichen Regelung, gewissermassen ihren ideellen Ursprung erklärt. So z.B. die Rechtsstaatsidee im Staatshaftungsrecht, vgl. vorn § 7 V. 4.1.

das Legalitätsprinzip bedingten Unebenheiten geglättet werden. Die Konkretisierung solcher verfassungsmässig verankerten Entschädigungspflichten wird als wünschbar eingestuft, nicht aber unbedingt als notwendig erachtet[10].

Auf einige dieser von der Doktrin in Betracht gezogenen Verfassungsprinzipien wird im folgenden eingegangen.

II. VERFASSUNGSRECHTLICHE GRUNDSÄTZE ALS RECHTSGRUND DER STAATLICHEN ENTSCHÄDIGUNGSPFLICHT

1. DIE EIGENTUMSGARANTIE (BV 22 ter)

Verschiedene Autoren[11] erachten die Eigentumsgarantie[12], vor allem im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Rechtsgleichheit, als Rechtsgrund der staatlichen Entschädigungspflicht für hoheitlich verursachten Schaden. Ueber die Schutzobjekte der Eigentumsgarantie wurde bereits orientiert[13]. Dort wurde

---

10 So ausdrücklich U.GUENG, Entschädigungspflicht 240 Pkt. 28.

11 So z.B.: Jean-François AUBERT/Riccardo L.JAGMETTI, in: WR 23 (1971) 181; Th.FLEINER, Grundzüge 311; Z.GIACOMETTI, Allg. Lehren 509ff.; H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 22; vgl. auch BGE 96 (1970) I 357f..

12 Eine eingehendere dogmatische Erörterung der Eigentumsgarantie ist an dieser Stelle nicht möglich. - Vgl. über Gegenstand und Inhalt der Eigentumsgarantie, zum Verhältnis zwischen Instituts- und Bestandesgarantie: BGE 99 (1973) Ia 37 E. 3; BGE 99 (1973) Ia 136 E. 6; BGE 101 (1975) Ia 513f.; ferner Th.FLEINER, Grundzüge 271ff.; A.GRISEL 357ff.; IMBODEN/RHINOW II Nr. 122; P.MOOR, Aménagement 379ff.; P.U.ROSENSTOCK 71ff., 141ff.; P.SALADIN, Grundrechte 477ff. (mit Bibliografie).

13 Vorn § 7 II. 1. bei FN 21.

auch bemerkt, dass der Schutz vor Eingriffen in die Freiheit und körperliche Unversehrtheit der menschlichen Person durch die Eigentumsgarantie nicht abgedeckt wird [14/15]. Die Eigentumsgarantie enthält also nur Teillösungen. - Ferner vermag sie die durch das Legalitätsprinzip bedingten Härten[16/17] im öffentlichrechtlichen Haftpflichtschutz schon deshalb nicht zu beseitigen, weil die Eigentumsgarantie das Legalitätsprinzip gerade voraussetzt [18].

2. DER GRUNDSATZ DER LASTENGLEICHHEIT ALS AUSFLUSS DES WILLKÜRVERBOTS IM RAHMEN VON BV 4

Im Grundsatz der Lastengleichheit als Ausfluss des Willkürverbots von BV 4 [19] - im folgenden kurz als allgemeiner

---

14 Vgl. Th.FLEINER, Grundzüge 324; U.GUENG, Entschädigungspflicht 5 und die dort in FN 27 zit. Autoren; F.GYGI, Rechtsprechung 126; Max IMBODEN, Votum, in: VVDStRL 20 (1963) 252.

15 A.M. ist Z.GIACOMETTI, Allg. Lehren 513f., der in der Eigentumsgarantie als Vermögenswertgarantie auch einen Schutz für die "lediglich mittelbare, d.h. auf Grund von Körperschäden oder Freiheitsbeschränkungen vom Individuum erlittene schwerwiegende Vermögenseinbusse" erblickt (S. 513) und sinngemäss wohl auch IMBODEN/RHINOW II Nr. 107 B III.

16 Vgl. z.B.: BGE 47 (1921) II 497ff.; BGE 47 (1921) II 554ff.; BGE 95 I (1969) 288.

17 Weitere Bsple. von Unzulänglichkeiten gibt U.GUENG, Entschädigungspflicht 6 wieder.

18 Z.GIACOMETTI, Allg. Lehren 514: "Die Eigentumsgarantie setzt ja als Rechtsinstitutsgarantie, als verfassungsrechtliche Gewährleistung des Eigentums nach Massgabe der geltenden Rechtsordnung das Legalitätsprinzip voraus ...".

19 Grundlegend zum Gleichbehandlungs- und Gerechtigkeitsgebot i.S.v. BV 4: S.ARIOLI; ferner IMBODEN/RHINOW I Nr. 69.

Gleichheitssatz bezeichnet - erblickt vor allem Urs GUENG [20] den Rechtsgrund der, wie er betont, r e c h t s s t a a t l i c h e n [21] Entschädigungspflicht. Daneben bestehen mit der Auffassung von Urs GUENG verwandte Theorien [22], welche die staatliche Entschädigungspflicht ebenfalls [23] aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ableiten. Urs GUENG hat sich mit diesen Lehren auseinandergesetzt und ihre Schwächen aufgedeckt. Auf seine Feststellungen wird hiermit verwiesen [24].

---

20 U.GUENG bewertet den allgemeinen Gleichheitssatz der rechtsstaatlichen Verfassung als höchste und unabänderliche Rechtsnorm (S. 236 Pkt. 3). Daraus ergibt sich seine Forderung nach einer sachlich gerechtfertigten Ausgestaltung der Rechtssätze hinsichtlich der durch diese bewirkten Lasten (Lastengleichheit) (S. 236 Pkt. 6). "Willkürlich belastende Hoheitsakte sind verfassungswidrig, da sie den allgemeinen Gleichheitssatz verletzen" (S. 238 Pkt. 17). Deshalb postuliert U.GUENG (S. 239 Pkt. 22): Fehle eine Rechtsnorm, die dem Richter gestatte, willkürliche Lasten durch Entschädigung auszuräumen, habe dieser selbst eine solche zu setzen; denn im Kampf gegen staatliche Willkür sei der Richter im materiellen Rechtsstaat vom formell-rechtsstaatlichen Legalitätsprinzip und vom Grundsatz der Gewaltentrennung, welche die richterliche Rechtssetzung grundsätzlich verbiete, entbunden. Nach seiner Auffassung steht dem Bürger ein aus dem allgemeinen Gleichheitssatz fliessender Rechtsanspruch zu (S. 240 Pkt. 29). Dieser erstrecke sich auf sämtliche Rechtsgebiete und könne gegenüber jeder schädigenden Erscheinungsform hoheitlichen Verhaltens geltend gemacht werden (S. 240 Pkt. 27).

21 U.GUENG, Entschädigungspflicht z.B. 8ff..

22 So E.HIS v.a. 43ff.; A.SPRECHER von BERNEGG 118ff.; weitere Vertreter sind bei U.GUENG, Entschädigungspflicht 133f. zitiert. Neuerdings auch B.WEBER-DUERLER 134ff..

23 Während z.B. E.HIS und A.SPRECHER von BERNEGG die staatliche Entschädigungspflicht unmittelbar aus dem Grundsatz der Lastengleichheit ableiten, also BV 4 gewissermassen als Ersatz für die im öffentlichen Entschädigungsrecht fehlende allgemeine Entschädigungsnorm verwenden, betont U. GUENG, Entschädigungspflicht z.B. 114, dass der Grundsatz der Lastengleichheit als Rechtsgrund einer umfassenden rechtsstaatlichen Entschädigungspflicht nur subsidiär eine Verpflichtung zur Wiederherstellung der Lastengleichheit enthalte. Vgl. dazu P.SALADIN, Fairness 67f. insbes. FN 97ff..

24 U.GUENG, Entschädigungspflicht 143ff..

Diese Vorschläge, die darauf abzielen aus BV 4 ein subjektives Recht [25] auf staatliche Entschädigungsleistungen abzuleiten, sind m.E. nicht justiziabel [26/27]. Die Verfechter solcher Auffassungen beurteilen die Praktikabilität ihrer Auffassungen weitgehend selbst, wenn etwa bemerkt wird: "Die verfassungsrechtlich verankerte Rechtsstaatsidee, ..., ist ein vager Leitgedanke, der keine tragfähige Grundlage für eine umfassende Neuordnung abgibt, ..., da diese vorerst nur eine rechtsphilosophische Aussage darstellt, aus welcher keine rechtlichen Pflichten des Staates abgeleitet werden können" [28], oder wenn erwähnt wird: "Aber die blosse Praxis böte wohl auch keine genügende Rechtssicherheit für eine einheitliche Durchführung des Entschädigungsgrundsatzes, zumal diesem von Fall zu Fall die angebliche Mehrdeutigkeit oder Unbestimmtheit des Rechtsgleichheitsartikels entgegengehalten werden könnte, sodass dann tatsächlich die eine Instanz den Art. 4 auf die Entschädigungspflicht bezöge, eine andere Instanz aber diese Beziehung leugnete" [29].

3. ANDERE VERFASSUNGSRECHTLICHE GRUNDSÄTZE

Lediglich im Sinne einer Aufzählung sind noch folgende verfassungsrechtliche Grundsätze zu erwähnen, welche von der Doktrin als Rechtsgrund für staatliche Entschädigungsleistungen aufgeführt werden:

---

25 So U.GUENG, Entschädigungspflicht 240 Pkt. 29.
26 Mehr dazu hinten § 15 II..
27 Vgl. z.B. P.GRAFF 399a, welcher im Grundsatz der rechtsgleichen Behandlung ebenfalls keinen Rechtsgrund für eine umfassende staatliche Entschädigungspflicht erblickt.
28 U.GUENG, Entschädigungspflicht 8.
29 E.HIS 49, vgl. dazu auch R.BINSWANGER 14f. insbes. FN 27.

- die persönliche Freiheit [30/31)]
- der Grundsatz von Treu und Glauben [32/33)]
- die verfassungsrechtlichen Grundrechtsgarantien im allgemeinen [34)]

Bevor einige Bemerkungen zu den Vorschlägen für eine unvermittelt auf die Verfassung gegründete staatliche Entschädigungspflicht gemacht werden (§ 15), ist auf die Bedeutung des Legalitätsprinzips im staatlichen Entschädigungsrecht einzugehen. Dabei muss man sich vor Augen halten, dass das Legalitätsprinzip einen wesentlichen Faktor darstellt, welcher die Lehre dazu veranlasst hat, staatliche Entschädigungspflichten unmittelbar aus Verfassungsgrundsätzen abzuleiten.

---

30 So IMBODEN/RHINOW II Nr. 107 B III; Max IMBODEN, Votum, in: ZSR NF 72 (1953) 555a; O.K.KAUFMANN, Sigriswil 65; P.SALADIN, Grundrechte 90, 199; ders., Fairness 67.

31 Vgl. zum Grundrecht der persönlichen Freiheit, grundlegend: J.GROSS 26ff.; aus der Judikatur: BGE 101 (1975) Ia 49f., 345 E. 7a, 577f.; BGE 101 (1975) Ia 346f., 577 E. 3a.

32 So P.SALADIN, Kolloquium 44; vgl. auch BGE 102 (1976) Ia 336ff. E.3.

33 Grundlegend zum Prinzip des Vertrauensschutzes: IMBODEN/RHINOW I Nr. 74; A.EGLI (speziell zur Bedeutung des Grundsatzes im Sozialversicherungsrecht); F.PICOT; K.SAMELI.

34 Max IMBODEN, Votum, in: ZSR NF 72 (1953) 555a; IMBODEN/RHINOW II Nr. 107 B III; P.SALADIN, Fairness 67. - Vgl. auch die Zusammenstellung der einzelnen Theorien und Grundsätze bei R.BINSWANGER 11ff. insbes. die FN 23-34 (mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung).

III. DIE BEDEUTUNG DES LEGALITÄTSPRINZIPS IM AMTSHAFTUNGSRECHT [35]

1. ALLGEMEINES

Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit [36] der Verwaltung stellt in der schweizerischen Rechtsordnung ein ungeschriebenes Rechtsprinzip dar [37]. Er ergibt sich aus dem Gewaltenteilungsprinzip [38]. Der Grundsatz rechtssatzmässiger Verwaltung enthält zwei Aussagen [39], nämlich: den Grundsatz vom V o r r a n g des Gesetzes, d.h. ein Rechtssatz darf einer anderen, ranghöheren Norm nicht widersprechen, und ferner den Grundsatz vom V o r b e h a l t des Gesetzes, d.h. die Begründung von Rechten und Pflichten bedarf im Rechtsstaat einer gesetzlichen Grundlage im materiellen Sinn [40/41]. Das Legalitätsprinzip erstreckt sich auf sämtliche Bereiche staatlicher Tätig-

---

35 Vgl. zur Bedeutung des Legalitätsprinzips für die staatliche Entschädigungspflicht im allgemeinen: Th.FLEINER, Grundzüge 311f.; U.GUENG, Entschädigungspflicht 217ff.; P.U.ROSENSTOCK 39ff.; K.SAMELI 315f. (Verhältnis des Legalitätsprinzips zum Rechtsmissbrauch).

36 Die Begriffe "Legalitätsprinzip" und "Grundsatz der Gesetzmässigkeit" werden synonym verwendet.

37 BGE 97 (1971) I 347. - Grundlegend zum Legalitätsprinzip: Chr.JEZLER.

38 Chr.JEZLER 23; M.IMBODEN, Gesetz als Garantie 8f.. - Deshalb kann das Legalitätsprinzip nicht der "Haftungsgrund" der Entschädigungspflicht sein, unzutreffend daher C.D.BEZZOLA 140ff..

39 In einzelnen Fragen bestehen in der Doktrin bzgl. des Inhalts des Gesetzmässigkeitsprinzips z.T. unterschiedliche Ansichten, vgl. Näheres dazu bei: Chr.JEZLER 16ff..

40 Unter einem Gesetz im materiellen Sinn sind generell-abstrakte Normen zu verstehen, welche in einem, von der dazu zuständigen Behörde durchgeführten Gesetzgebungsverfahren erlassen wurden und sich als verfassungsmässig erweisen. Vgl. BGE 97 (1971) I 796; BGE 98 (1972) Ia 642; BGE 102 (1976) Ia 114; Chr.JEZLER 40f., 51ff.; IMBODEN/RHINOW I Nr. 5 B I.

41 Vgl. Chr.JEZLER 36ff.; IMBODEN/RHINOW I Nr. 59 B; H.R.SCHWARZENBACH, Verwaltungsrecht 73ff..

keit[42]. Es bildet daher nicht lediglich einen Eingriffsvorbehalt[43/44], sondern einen T o t a l v o r b e h a l t[45/46].

2. IM AMTSHAFTUNGSRECHT IM BESONDEREN

Im Bereich der Amtshaftung besagt das Legalitätsprinzip, dass die öffentliche Hand oder der fehlbare Beamte nur dann für rechtswidrig verursachte Schäden ersatzpflichtig wird, wenn ein Rechtssatz dies ausdrücklich vorsieht[47]. Da es sich beim Grundsatz rechtssatzmässiger Verwaltung um einen Totalvorbehalt handelt, ist gleichgültig, aus welchem Bereich der Hoheitsverwaltung[48] die Schädigung stammt.

Wesentlich ist, dass Schadenersatz nur dann geschuldet wird, wenn ein Gesetz im materiellen Sinn eine Entschädigungspflicht vorsieht.

---

42 Chr.JEZLER 141; Th.FLEINER, Grundzüge 266; IMBODEN/RHINOW I Nr. 5 B IIb; U.GUENG, Entschädigungspflicht 218.

43 Z.B.: P.R.MUELLER 252 und P.U.ROSENSTOCK 105ff. wenden ein, das Legalitätsprinzip könne seinem eigentlichen und ursprünglichen Zweck entsprechend (darüber orientieren: Chr.JEZLER 6, 86ff.; P.SALADIN, Grundrechte 196 insbes. FN 251, mit Bibliografie) nur auf Schädigungen aus dem Bereich der Eingriffsverwaltung angewandt werden.

44 Zum Terminus "Eingriff" vorn § 10 FN 34; § 10 III. 2.1.

45 Gl.M.: U.GUENG, Entschädigungspflicht 217ff.; Chr.JEZLER 105ff.; IMBODEN /RHINOW I Nr. 59 B IIa.

46 P.SALADIN, Verwaltungsprozessrecht 340ff. erwähnt mit Hinweis auf BGE 100 (1974) Ia 195, dass die Rechtsprechung des BGer. den Totalvorbehalt neuerdings - im Anschluss an A.GRISEL 164ff. - ausdrücklich in Frage stelle. Vgl. zu diesem Urteil auch Th.FLEINER, Gedächtnisschrift 318f.. - Vgl. aus dem deutschen Schrifttum zu den neuen Aspekten im Streit um den Vorbehalt des Gesetzes: G.KISKER 1315ff..

47 BGE 95 (1969) I 288; BGE 96 (1970) I 218; weitere Hinweise auf die ältere Rechtsprechung bei U.GUENG, Entschädigungspflicht 217 FN 129.

48 Zur Unterscheidung zwischen Eingriffs- und schlichter Hoheitsverwaltung vorn § 10 III. 2.1/2.2.

Das Bundesgericht hat trotz teilweise heftiger Kritik durch die Doktrin[49] beharrlich am Legalitätsprinzip im Amtshaftungsrecht festgehalten[50/51]. Die Lehre umschreibt diese Praxis mit "Entschädigungspositivismus"[52], spricht von einem "in überspitzt formal-positivistischer Weise"[53] gehandhabten Legalitätsprinzip oder erwähnt, "man hat das Legalitätsprinzip in sein Gegenteil pervertiert"[54].

Der Sturmlauf gegen diese Rechtsprechung ist nicht unberechtigt, blickt man auf die Härten[55] und Ungereimtheiten, welche sie hinterlässt. Nur ist zu betonen, dass die Ablehnung dieser Rechtsprechung die Missstände nicht an den Wurzeln anfasst, sondern nur Symptome bekämpft. Die unzulängliche Situation rührt vielmehr daher - und diesen Umstand gilt es besonders hervorzustreichen - dass die Gesetzgebung mit der ständig wachsenden Häufung der Staatsaufgaben, der Technisierung des Verwaltungshandelns, der zunehmenden Abhängigkeit des Bürgers vom Staat und den daraus resultierenden Schädigungsmöglichkeiten nicht Schritt zu halten vermochte. Nicht

---

49 Vgl. die Zusammenstellung der Autoren bei U.GUENG, Entschädigungspflicht 218 FN 132; ferner P.SALADIN, Fairness 67.

50 Vgl. die bei P.U.ROSENSTOCK 41 FN 7 zit. Judikatur; ferner BGE 95 (1969) I 288; BGE 96 (1970) I 218; nicht ausdrücklich, aber doch sinngemäss auch BGE 102 (1976) Ib 319 E. 3c.

51 Obwohl die Praxis im Bereich der hoheitlich-rechtswidrigen Schädigungen das Legalitätsprinzip ernst genommen und die Fortentwicklung des positivrechtlich geregelten Amtshaftungsrechts im Wege der richterlichen Rechtsschöpfung nicht zugelassen hat, wurde gelegentlich aus Billigkeitsüberlegungen auch ohne gesetzliche Grundlage Schadenersatz zugesprochen, vgl. die zit. Bsple. bei O.K.KAUFMANN, Sigriswil 63, 68; K.OFTINGER II/1 118 FN 99.

52 P.SALADIN, Grundrechte 197; ders., Fairness 67.

53 U.GUENG, Entwicklungstendenzen 353.

54 K.OFTINGER II/1 118 FN 98 unter Verweisung auf Max IMBODEN, in: ZSR NF 72 (1953) 553aff.; Th.FLEINER, Grundzüge 312.

55 Vgl. die vorn in § 3 FN 76/77 zit. Fälle.

das Legalitätsprinzip bildet den Stein des Anstosses; es macht die Mängel und Lücken im Haftpflichtschutz nur deutlich. Die unzureichenden gesetzlichen Grundlagen stellen die eigentliche Ursache des unbefriedigenden Zustandes dar. Aufgabe einer zeitgemässen Staatshaftung ist, das Spannungsverhältnis, welches zwischen der rechtsstaatlichen Forderung nach materieller Gerechtigkeit und der Sicherung des durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzten Bürgers besteht, aufzulösen.

M.E. ist an der umfassenden Geltung des Legalitätsprinzips für alle Bereiche staatlichen Handelns festzuhalten[56]. Das gilt insbesondere auch für die Ausrichtung staatlicher Entschädigungsleistungen. Es ist zu bedenken, dass das Legalitätsprinzip auch für das Amtshaftungsrecht ein unentbehrlicher Garant der Rechtsgleichheit ist [57].

Deshalb ist der Ruf nach dem Gesetzgeber zu verstärken, weil die vorhandenen Unzulänglichkeiten ihren Grund in der nur ungenügend ausgebauten einfachen Gesetzgebung[58] haben.

---

56 Gl.M. sind: U.GUENG, Entschädigungspflicht 219 sowie die bei ihm auf S. 217 in FN 130 zit. Autoren; M.STREICHENBERG 153.

57 U.GUENG, Entschädigungspflicht 219.

58 Unter der einfachen Gesetzgebung ist die Gesamtheit der generell-abstrakten Normen ohne Verfassungsrang zu verstehen.

STELLUNGNAHME ZU DEN VORSCHLÄGEN, WELCHE EINE ALLGEMEINE STAATLICHE ENTSCHÄDIGUNGSPFLICHT UNMITTELBAR AUS DER VERFASSUNG ABLEITEN

Vorauszuschicken sind zwei Bemerkungen. Die wissenschaftliche Bedeutung der besprochenen Vorschläge ist unbestritten. Das gilt vor allem für die Anregungen von Urs GUENG [1]. Sie vermögen eine Brücke vom Einzelfall zum Gesamtproblem zu schlagen. Fraglich erscheint aber, ob der Weg vom verfassungsmässigen Grundsatz zurück zum Einzelfall für die Rechtsprechung - denkt man z.B. an die Gerichte erster Instanz - begehbar ist. Diese Frage wird im folgenden behandelt. Dabei - und das ist die zweite Vorbemerkung - wird darauf verzichtet, grundlegend auf den Gehalt und die Funktion der fraglichen Verfassungsprinzipien einzugehen [2/3].

Die nachstehenden Ausführungen werden nach drei Gesichtspunkten gegliedert, nämlich nach einem empyrischen (I.), nach einem analysierenden (II.) und nach einem systematischen (III.) Gesichtspunkt.

---

1 U.GUENG, Entschädigungspflicht.

2 Grundlegend zur Typologie der normativen Teilgehalte der Grundrechte: J. P.MUELLER 817f., 846ff..

3 Heute werden die Grundrechte im Sinne ihrer klassischen, konstitutiv-institutionellen Funktion umgedeutet und als Gestaltungsaufträge an den Gesetzgeber aufgefasst, vgl. J.P.MUELLER 813.

I. DIE AUFNAHME DER VORSCHLÄGE IN DER JUDIKATUR

Wie vorn[4)] darauf hingewiesen wurde, hat das Bundesgericht - die kantonale Rechtsprechung bleibt hier ausser Betracht[5)] - im Bereich der Amtshaftung am Grundsatz der Gesetzmässigkeit staatlicher Entschädigungsleistungen grundsätzlich[6)] festgehalten. Für die Amtshaftung stellt sich daher die Frage nicht, wie diese Vorschläge von der Judikatur aufgenommen wurden. Um dennoch einigermassen abschätzen zu können, welchen Widerhall besonders das Lastengleichheitsprinzip als Haftungsnorm einer allgemeinen staatlichen Entschädigungspflicht in der Praxis gefunden hat, wird hier der Blick auf die öffentlichrechtliche Entschädigung ausgeweitet.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat den Grundsatz der Lastengleichheit gelegentlich hypothetisch untersucht und ihn zuweilen auch mit in ihre Erwägungen einbezogen[7)]. Als allgemeines Entschädigungsprinzip, wie es die aufgeführten Autoren fordern, hat das Bundesgericht den Lastengleichheitsgrundsatz jedoch nicht anerkannt[8)]. Das mag damit zusammenhängen, dass das Bundesgericht nach wie vor die Auffassung vertritt, dass aus verfassungsmässigen Rechten kein Anspruch auf staatliche Leistungen abgelei-

---

4 Vorn § 14 III. 2. bei FN 50.
5 Dass auch die kantonale Rechtsprechung am Grundsatz der Gesetzmässigkeit staatlicher Entschädigungsleistungen festhält, belegen U.GUENG, Entschädigungspflicht 217 FN 129 und P.U.ROSENSTOCK 41 FN 7 mit der von ihnen zit. kantonalen Judikatur.
6 Vgl. grundlegend BGE 3 (1877) 147f., ferner BGE 95 (1969) I 288.
7 Vgl. z.B.: BGE 68 (1942) II 218f..
8 Vgl. dazu P.GRAFF 399a insbes. FN 36; U.GUENG, Entschädigungspflicht 180 f.; P.U.ROSENSTOCK 69ff.; P.SALADIN, Fairness 67; B.WEBER-DUERLER 135.

tet werden kann [9/10]. Dazu ist insbesondere die Verpflichtung, staatliche Entschädigungsleistungen auszurichten, zu zählen.

II. DIE JUSTIZIABILITÄT DER VORSCHLÄGE

Nicht angeschnitten wird hier die Frage, ob die unmittelbar auf die Verfassung gegründete Entschädigungspflicht, welche durch die richterliche Rechtssetzung angestrebt wird, nicht gegen den Grundsatz der Gewaltentrennung verstösst.

Zu prüfen ist dagegen, ob die gemachten Vorschläge sich auf dem Weg der richterlichen Rechtsschöpfung überhaupt verwirklichen lassen [11]. Ein solches Vorgehen würde einen kühnen Vorstoss der Praxis voraussetzen, was angesichts der gerade im öffentlich-rechtlichen Entschädigungsrecht zurückhaltenden Rechtsprechung fraglich erscheint.

Zu bedenken ist, dass die unmittelbare Anwendung verfassungsrechtlicher Grundsätze dem Richter im Einzelfall wenig exakte Entscheidungsgrundlagen in die Hand gibt. Die Verfassung enthält die grundlegenden Ideen, den Konsens einer politischen Ge-

---

9 Vgl. aus der Judikatur: BGE 92 (1966) I 377; BGE 101 (1975) Ia 479, bzgl. BV 31 ..., "et ce serait en méconaître de la nature que d'en déduire le droit à une prestation positive de l'Etat (mit Verweisung auf frühere Urteile)"; BGE 102 (1976) Ia 542 E. 10b. - Zu dieser Praxis: A. GRISEL 429; F.GYGI, Grundrechtskonkurrenz 72; kritisch P.SALADIN, Grundrechte 322; ders., Kolloquium 38.

10 Gelegentlich hat das BGer. dennoch unmittelbar gestützt auf verfassungsmässige Rechte staatliche Leistungen ausgerichtet. Vgl. hierüber: J.P. MUELLER 842, mit Verweisung in FN 488 auf den Ueberblick über die Rechtsprechung bei P.SALADIN, Grundrechte 167ff.; BGE 98 (1972) Ia 384.

11 Vgl. grundsätzlich zur Justiziabilität verfassungsmässiger Rechte: J.P. MUELLER 842ff.. - Zur verwaltungsrechtlichen Rechtsschöpfung i.S.v. ZGB 1 Abs. 2: Th.FLEINER, Gedächtnisschrift 323ff.; ders., Grundzüge 92.

meinschaft. "Diese 'Ideen' sind zwangsläufig wenig scharf gefasst; sie bedürfen in hohem Masse der Konkretisierung"[12]. Es handelt sich weitgehend um Programme, um Gesetzgebungsaufträge, die erst durch den Erlass generell-abstrakter Normen eine für die Rechtsanwendung brauchbare Form erhalten.

Dieser Aspekt gewinnt besonders im Haftpflichtrecht Bedeutung. Haftpflichtrecht ist Einzelfallrecht, case law. Zweifellos ist hier wie kaum in einem anderen Rechtsgebiet notwendig, um befriedigende Ergebnisse erzielen zu können, dass dem richterlichen Ermessen ein breiter Spielraum eingeräumt wird. Ermessen setzt jedoch Mess-, Richtwerte voraus. Das zeigt die Ungewissheit und Problematik des Widerrechtlichkeitsbegriffes im öffentlichen Recht deutlich[13]. Erforderlich ist, dass der Judikative "handfeste" Richtlinien zur Verfügung stehen[14]. Gerade im Einzelfallrecht bedarf es eines Ordnungsprinzips, das die gedanklich nachzuvollziehenden Voraussetzungen (Tatbestandsmerkmale) umreisst, deren Vorliegen im Einzelfall eine bestimmte Rechtsfolge auslöst. Verfassungsprinzipien verleihen dem Ermessensspielraum nur ungenaue Konturen. Der Richter ist Pragmatiker. Seine Aufgabe besteht darin, im Einzelfall Rechtsschutz zu gewähren. Fehlt es im konkreten Sachverhalt an einer Entscheidungsgrundlage, ist ihm mit wissenschaftlich fundierten Vorschlägen wenig gedient. Die Distanz vom Einzelfall zum unvermittelt auf die Verfassung gestützten Entschädigungsprinzip ist zu gross. Der Richter soll nicht Konzeptionen entwickeln. Er ist gegenüber den streitenden Parteien unabhängige Schiedsinstanz, die nach vorgegebenen Massstäben urteilt[15]. Die verfassungsrechtlichen Gewährleistungen sind für die Entscheidfindung in Haftungsfragen zu wenig transparent. Sie vermitteln lediglich die Grundzüge ei-

---

12 P.SALADIN, Kolloquium 37; ähnlich J.P.MUELLER 813, 932.
13 Vgl. vorn § 7 V. 1.1.2.
14 Gl.M. scheint P.WIDMER, Gefahrensatz 321, zu sein.
15 F.OSSENBUEHL, Normative Anforderungen B 162.

ner rechtsstaatlich orientierten öffentlichrechtlichen Haftungsordnung. Abstrakte Vorentscheidungen, die im Einzelfall nachvollzogen werden können, enthalten sie nicht. Dazu ist die Positivierung einer generell-abstrakten Haftungsnorm notwendig. Ihr muss der potentiell Geschädigte entnehmen können, wie weit sein Rechtsschutz geht. Der Bürger hat einen Anspruch auf die Kalkulierbarkeit der Gesetze[16]. Es muss erkennen, zu welchen Eingriffen die Staatsgewalt berechtigt ist und welche Beeinträchtigungen ihn ins Recht setzen. Der Rechtsschutzsuchende anerkennt die richterliche Gewalt als unabhängige Schiedsinstanz, weil er ihre Abhängigkeit von der Norm voraussetzt. Dieser Anerkennung ist die Vorstellung immanent, dass die angerufene Norm ihm die Gleichbehandlung seines Falles mit gleichartigen Geschehnisabläufen garantiert. Das Prinzip der Rechtsgleichheit erfordert Messwerte, die nicht erst auf dem Weg der richterlichen Rechtsschöpfung gefunden, sondern die mittels richterlichen Subsumtion angewandt werden. Es gibt ein Gesetz, aber mehrere Richter[17].

Aufgrund dieser Betrachtungsweise neige ich zu behaupten, dass die Vertreter eines unvermittelt auf die Verfassung abgestützten allgemeinen staatlichen Entschädigungsprinzips die Praktikabilität und Justiziabilität ihrer Vorschläge überschätzen. Für eine Fehleinschätzung spricht m.E. auch, wenn erwähnt wird[18], die Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Entschädigungsprinzips durch den Gesetzgeber sei wohl wünschenswert; sie stelle aber keine Notwendigkeit dar.

---

16 Vgl. zu diesem Aspekt: Th.FLEINER, Gedächtnisschrift 320ff.

17 Vgl. E.HIS 49: "Aber die blosse Praxis böte wohl auch keine genügende Rechtssicherheit für eine einheitliche Durchführung des Entschädigungsgrundsatzes, ..., so dass dann tatsächlich die eine Instanz den Art. 14 (BV, Anm. durch mich) auf die Entschädigungspflicht bezöge, eine andre Instanz aber diese Beziehung leugnete".

18 So U.GUENG, Entschädigungspflicht 240 Pkt. 28.

Die nähere Ausgestaltung verfassungsrechtlicher Gewährleistungen auf dem Wege der richterlichen Rechtsschöpfung ist im Haftpflichtrecht auf die Dauer nicht haltbar. Nach dem rechtsstaatlichen Verfassungsverständnis enthält die Grundordnung Gestaltungsaufträge, die zu konkretisieren Aufgabe des Gesetzgebers, nicht des Richters ist. Nochmals ist daran zu erinnern[19], dass sich keine Rechtsordnung der Verpflichtung entziehen kann, zur Sicherung der Rechte und Ansprüche des Privaten gegenüber dem Staat angemessene Institutionen zu schaffen. Dieses Postulat lässt sich aber nicht dadurch verwirklichen, dass von fragwürdigen Tatbestandfiktionen getragene Abgrenzungsmethoden[20] oder vage, wenig transparente Entscheidungsgrundlagen institutionalisiert werden.

Um mit einem Vergleich zu sprechen: Muss die Feuerwehr dauernd Aufgaben der Ordnungskräfte ausführen, verlässt sie nicht nur ihren angestammmten Kompetenzbereich (= Verstoss gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung). Sie ist überfordert und verliert ihre Unabhängigkeit. In einer solchen Situation muss nicht der Brandschutz besser ausgerüstet, sondern die Ordnungskräfte müssen neu organisiert werden.

Soll der Richter seine Unabhängigkeit wahren, setzt das im gewaltenteiligen Rechtsstaat seine normative Abhängigkeit voraus[21]. Die Bindung des Richters an das Gesetz ist im Haftpflichtrecht nur dann vollumfänglich garantiert, wenn eine generell-abstrakte Haftungsnorm in Form einer Generalklausel die Tatbestandsmerkmale

---

19 Vgl. vorn § 13 III. 4. bei FN 31.

20 Vorn § 13 II..

21 Vgl. den Gedanken bei N.LUHMANN 68. - Grundlegend zur Frage der Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung G.ROELLECKE 40ff. (Leitsätze); Chr. STARCK 89ff. (Leitsätze); vgl. zu diesem Aspekt mit Blick auf ZGB 1 Abs. 2: G.ROELLECKE 113f. (Diskussion); kritisch zur These von G.ROELLECKE: Th.FLEINER, Gedächtnisschrift 315ff..

umreisst. Das Vorliegen dieser Merkmale hat die Judikative im Einzelfall abzuklären. Bestehende Mängel im öffentlichrechtlichen Haftpflichtschutz sind nicht auf dem Wege der richterlichen Rechtsschöpfung zu korrigieren. Dazu bedarf es generell-abstrakter Normen. Hier geht es um die Sicherung des durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzten Bürgers. Ueber das Ausmass und die Gewährleistung dieser Sicherung kann grundsätzlich nicht der Richter im Einzelfall bestimmen. Darüber hat die Legislative[22] zu befinden, selbst wenn der Weg der Gesetzgebung bzw. der Gesetzesrevision der praktisch schwerfälligste ist.

III. DER RECHTSSYSTEMATISCHE ASPEKT

Lediglich am Rande ist hier darauf hinzuweisen, dass die Theorien der besprochenen Art[23], den jeweils vorgeschlagenen rechtsstaatlichen Entschädigungsgrundsatz sowohl als Anknüpfungspunkt für rechtswidrige schädigende wie auch für rechtmässige schädigende Hoheitsakte verstehen. Erachtet man[24] jedoch die unterschiedlichen Funktionen, welche der öffentlichrechtlichen Entschädigung und der Amtshaftung[25] zukommen, als systemtrennende Merkmale, so mahnt diese Gleichbehandlung zur Skepsis. Ein solches Vorgehen birgt m.E. die Gefahr in sich, dass die Haftung des Gemeinwesens

---

22 Vgl. zur Bedeutung der Rechtssetzung als Mittel zur inneren Friedenswahrung: K.EICHENBERGER, Sorge 436ff..

23 Nochmals ist daran zu erinnern, dass nach Auffassung von U.GUENG, Entschädigungspflicht - im Gegensatz zu E.HIS (durchgehend) und A.SPRECHER von BERNEGG 111ff. - das Lastengleichheitsprinzip als Rechtsgrund einer allgemeinen rechtsstaatlichen Entschädigungspflicht im Merkmal der Willkür eine Schranke hat; mehr dazu bei U.GUENG, Entschädigungspflicht 153ff..

24 Wie das in dieser Arbeit angenommen wird, vgl. vorn § 4 bei FN 8.

25 Zur Unterscheidung der Institute vorn § 14 I..

für hoheitlich-rechtswidrige Schädigungen leicht zu einer sozialstaatlichen Verantwortlichkeit[26] abgleitet und im Uferlosen endet. Auch deswegen zweifle ich an der Praktikabilität einer unvermittelt auf die Verfassung gegründeten allgemeinen staatlichen Entschädigungspflicht. Die Ablehnung dieser Vorschläge durch die Praxis scheint diese Zweifel zu bestätigen.

Aufzugreifen ist dagegen die Rechtsstaatsidee der Staatshaftung [27]. Sie ist als Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber zu verstehen.

Dieser Aspekt leitet über zu den nachstehenden Bemerkungen. Sie enthalten Gedanken zum Haftungssystem der Amtshaftung, welches den gewandelten Erscheinungsformen staatlicher Gewalt Rechnung trägt.

---

26 Dazu vorn § 7 V. 4.2.1.
27 Wie sie vorn § 7 V. 4.2.1 umschrieben wurde.

2. UNTERABSCHNITT:

ZUM HAFTUNGSSYSTEM EINER ZEITGEMÄSS VERSTANDENEN AMTSHAFTUNG

VORBEMERKUNGEN

Die nachstehenden Ausführungen gehen von der Prämisse aus, dass einer rechtsstaatlich verstandenen Verantwortlichkeit für hoheitliches Unrecht einzig die Form der originären-verschuldensunabhängigen Staatshaftung gerecht wird [1]. Im schweizerischen Amtshaftungsrecht stellt die Positivierung dieses Haftungsmodells die Tendenz dar. Solange die Kausalhaftung jedoch der Tradition verhaftet bleibt, das Gemeinwesen nur über die Zurechnung eines fremden Einzelverhaltens verantwortlich zu erklären, erfüllt die Staatshaftung die in sie gesetzten Erwartungen nicht. Die mangelhafte Anpassung der Amtshaftung und der Staatshaftung im besonderen an die wachsende Interdependenz zwischen Leistungsstaat und Bürger kann auf dem Wege der richterlichen Rechtsfortbildung nicht ausreichend beseitigt werden. Hierbei geht es um Entscheidungen von rechtspolitischer Tragweite. Sie sind in einem grösseren Forum zu erörtern, wozu das Gesetzgebungsverfahren die angemessene Einrichtung darstellt [2].

---

1 Gl.M.: M.STREICHENBERG 168 und die in FN 106 zit. Autoren; ferner auch U.GUENG, Entschädigungspflicht 4; M.REHBINDER, Gutachten 5f.; ders., Festschrift 401.

2 Vgl. SCHLUSSBERICHT 171, 380, wo jeweils festgehalten ist, dass in der Verfassung nur eine Grundsatzbestimmung aufzunehmen sei. Die konkrete Ausgestaltung der rechtsstaatlich verstandenen Amtshaftung solle der Gesetzgebung von Bund und Kantonen vorbehalten bleiben.

GRUNDSÄTZLICHES ZUM HAFTUNGSSYSTEM DER AMTSHAFTUNG

I. ÜBERSICHT

1. TERMINOLOGISCHES

Unter dem Begriff "Haftungssystem der Amtshaftung" wird hier die Einteilung der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit in Tatbestände mit Verschuldenshaftung und solche mit Kausalhaftung verstanden [3]. Der Ausdruck "Haftungsprinzip" bezeichnet den Gedanken, der das Bestehen eines Haftungstatbestandes erklärt. Das Haftungsprinzip bestimmt die einem allgemeinen oder spezial-gesetzlichen Tatbestand angemessene Haftungsart (= Verschuldens- oder Kausalhaftung). So legt beispielsweise im Falle von OR 41 das Verschuldensdogma [4] die Haftungsart fest: Es gilt die Verschuldenshaftung.

Das einem Haftungstatbestand zugrunde liegende Haftungsprinzip ergibt sich aus der Aufgabe, welche eine gesetzliche Regelung zu erfüllen hat [5].

---

3 Die im Schrifttum dafür verwendeten Terminologien sind nicht einheitlich. Gleicher Sprachgebrauch wie hier: K.OFTINGER I 34; H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 32. - C.D.BEZZOLA 145ff., braucht für den gleichen Fragenkomplex den Ausdruck "Primäre Haftungsgründe".

4 Unter dem "Verschuldensdogma" ist die rechtspolitische Entscheidung zu verstehen, wonach neben dem Kausalzusammenhang und der Widerrechtlichkeit ein persönlicher Vorwurf, d.h. ein Verschulden erforderlich ist, damit jemand für ein schädigendes Verhalten vermögensrechtlich verantwortlich wird. - Näheres zum Verschuldensdogma bei: K.OFTINGER I 15 insbes. FN 42, S. 34f.; D.von SCHENK 84ff..

5 Vgl. zur Aufgabe der privatrechtlichen Haftungsordnung: K.OFTINGER I 33 ff.; P.WIDMER, Standortbestimmung 293ff. (durchgehend); W.YUNG 101ff.. Die Auffassung der einzelnen Autoren unterscheidet sich teilweise, so z.B. in der Frage der präventiven Wirkung der Haftungsordnung.

Die Funktion der r e c h t s s t a a t l i c h verstandenen Staatshaftung besteht darin, das Machtgefälle in der Beziehung zwischen Hoheitsträger und Bürger und die aus diesem Subordinationsverhältnis resultierenden rechtswidrigen Schädigungen in sachlich richtiger Weise haftungsrechtlich auszugleichen.

Aufgabe der Amtshaftung und der Staatshaftung im besonderen ist es, Mittel und Möglichkeiten zu institutionalisieren, die erlauben, die angestrebte Funktion zu verwirklichen.

Mit solchen Fragen befasst sich der nächste Paragraph (§ 17).

2. ALLGEMEINE BEMERKUNGEN

"Die öffentlich-rechtliche und die privatrechtliche Haftungsordnung stehen unabhängig nebeneinander" [6]. Die Selbständigkeit des schweizerischen Amtshaftungsrechts ruht auf zwei Säulen, nämlich auf einer rechtstheoretischen und einer staatsrechtlichen.

Die rechtstheoretische Begründung der eigenständigen, öffentlichrechtlichen Haftungsordnung basiert auf der machtmässigen Ueberlegenheit des Hoheitsträgers[7] gegenüber dem einzelnen Bürger. Aus dem Gesagten ergibt sich zwangsläufig die Forderung, dass der machtmässige Mehrwert, den das Gemeinwesen bei der Erfüllung hoheitlicher Verrichtungen ausspielt, im Falle von rechtswidrigen Schädigungen durch eine Verbesserung der Haftpflichtschutzeinrichtungen rechtlich auszugleichen ist[8].

---

6 BGE 102 (1976) Ib 319.

7 Die Ueberlegenheit des Hoheitsträgers ist phänomenologisch zu unterscheiden von der faktischen Ueberlegenheit von wirtschaftlichen Mächten (= pouvoirs intermédiaires), vgl. vorn § 3 I. 2. bei FN 26.

8 Vgl. statt vieler: J.GROSS 116.

Stehen die öffentlichrechtliche und die privatrechtliche Haftungsordnung unabhängig nebeneinander, so bedarf der aus hoheitlichen Verrichtungen rechtswidrig Geschädigte des Schutzes durch das öffentliche Recht und nicht durch das Privatrecht.

Die staatsrechtliche Säule ergibt sich aus der Tatsache, dass im Bundesstaat die Kantone auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts souverän sind, soweit ihre Selbständigkeit nicht durch die Verfassung beschränkt wird[9] .

Die Regelung der Amtshaftung ist grundsätzlich (Ausnahme BV 117) der kantonalen Gesetzgebung vorbehalten[10] . Bund und Kantone können bei der Ausgestaltung ihrer Amtshaftungsordnungen den Besonderheiten ihrer Justiz- und Verwaltungsorganisation Rechnung tragen. Insbesondere können sie im Interesse einer ungehinderten Amtstätigkeit[11] die fehlbaren Amtswalter gegenüber der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit haftungsrechtlich privilegieren. In den meisten Kantonen werden die Beamten denn auch lediglich für vorsätzlich und grobfahrlässig verursachten Schaden ersatzpflichtig.

Diese Gesetzgebungsautonomie soll nach neueren Bestrebungen, wie sie der Schlussbericht der Arbeitsgruppe für die Totalrevision der Bundesverfassung[12] widergibt, beschränkt werden. Beabsichtigt ist, in der Bundesverfassung einen Grundsatzar-

---

9 BV 3.
10 Zur Rechtsetzungskompetenz im Amtshaftungsrecht vorn § 5 II. 2..
11 Vgl. z.B. BOTSCHAFT VG/GR 28, wo befürchtet wird, die Ausdehnung der Beamtenhaftung auf leichte Fahrlässigkeit könnte dazu führen, "dass sich infolge der schärferen Haftung gerade pflichtbewusste Gemeinde- und Kreisbewohner den Gemeinwesen nicht mehr zur Verfügung stellen"; ferner BGE 19 (1893) 852.
12 SCHLUSSBERICHT 171, 380. - Vgl. auch BERICHT 28f..

tikel aufzunehmen. Danach soll dem geschädigten Bürger gegenüber nicht mehr der fehlbare Beamte, sondern das Gemeinwesen ohne Rücksicht auf das Verschulden des Funktionärs haften.

Indem die Kantone zur Verwirklichung des Rechtsstaatsprinzips staatlicher Verantwortlichkeit verpflichtet werden, beschränkt sich ihre Kompetenz zur autonomen Regelung der Amtshaftung und damit die Möglichkeit den Besonderheiten ihrer Justiz- und Verwaltungsorganisation haftungsrechtlich Rechnung zu tragen, weitgehend auf das Gebiet der internen Beamtenhaftung.

II. DAS HAFTUNGSRPINZIP DER BEAMTENHAFTUNG

Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des staatlichen Funktionärs ist stets, sowohl im Innenverhältnis[13] wie auch im Aussenverhältnis[14], als VERSCHULDENSHAFTUNG ausgestaltet. Abweichungen davon ergeben sich lediglich bei den in einzelnen kantonalen Amtshaftungserlassen vorgesehenen Tatbeständen[15], in denen auch urteilsunfähige[16] Funktionäre schadenersatzpflichtig werden[17]. Die Beamten prinzipiell unabhängig von einem schuldhaften Fehlverhalten haften zu lassen, wäre im Vergleich mit dem in der Privatwirtschaft Angestellten unbillig[18].

---

13 Zur externen Beamtenhaftung, vgl. vorn § 6 I. 1..
14 Zur internen Beamtenhaftung, vgl. vorn § 6 I. 2..
15 Vgl. z.B.: VG GR 6.
16 Zum Begriff der Urteilsfähigkeit, vgl. vorn § 7 III..
17 Die Haftung des Urteilsunfähigen stellt eine Kausalhaftung aus Billigkeit dar, vgl. dazu: A.KELLER 101; K.OFTINGER I 155.
18 H.R.SCHWARZENBACH, Haftung der Kantone und Gemeinden 252 FN 12; W.ZEHNTNER 46.

Demnach ist die Haftung des Beamten grundsätzlich vom Vorliegen der "Allgemeinen Voraussetzungen der Haftbarmachung" [19] und der Tatsache abhängig, dass der Fehlbare den Schaden in amtlicher Eigenschaft [20] verursacht hat.

III. DAS HAFTUNGSPRINZIP DER STAATSHAFTUNG

1. DIE POSITIVRECHTLICHE AUSGANGSLAGE

Im positiven Recht ist die Staatshaftung entweder als Verschuldenshaftung oder als Kausalhaftung ausgestaltet. Aufgrund der kantonalen Gesetzgebung haftet das Gemeinwesen noch mehrheitlich nach dem Vorbild des Privatrechts. Die öffentliche Hand leistet lediglich für schuldhafte rechtswidwidrige Hoheitsakte Schadenersatz. Haftungserlasse in dieser Form gehen vom schuldhaften Individualverhalten aus und bekennen sich zum Verschuldensprinzip.

Der Verzicht auf das Verschuldenserfordernis als Anspruchsvoraussetzung der Staatshaftung stellt die Tendenz im schweizerischen Amtshaftungsrecht dar. Im Bund und einzelnen Kantonen ist das Haftungsprinzip der Kausalhaftung positivrechtlich verankert. Dennoch entsprechen diese Haftungserlasse nicht vollumfänglich den Anforderungen einer zeitgemäss ausgestalteten öffentlichrechtlichen Haftungsordnung. Die Schwächen und Mängel, welche auch der positivrechtlichen, originären-verschuldensunabhängigen Staatshaftung innewohnen, rühren

---

19 Dazu vorn § 7.
20 Dazu vorn § 1 II. 3.; § 13 I. 2..

daher, dass sie ihre Legitimation auf das fehlbare Einzelverhalten in Form des Eingriffs [21] zurückführen. Der Faktor der Unmittelbarkeit staatlicher Verantwortlichkeit ist nur verfahrensrechtlich, nicht aber rechtsdogmatisch verwirklicht. Weil nach diesen Haftungsordnungen staatliches Unrecht nach wie vor vom Einzelverhalten des schädigenden Amtswalters abhängt, ist ihre Neigung zum Verschuldensprinzip - gerade weil die Grenze zwischen Verschuldens- und Kausalhaftung fliessend ist - grösser als zur "Haftung ohne Verschulden". Rechtswidrige Schädigungen aus dem mangelhaften Zustand öffentlicher Werke lassen sich diesen Haftungserlassen nicht unterordnen.

2. GRÜNDE, WELCHE FÜR DIE KAUSALHAFTUNG ALS HAFTUNGSPRINZIP DER STAATSHAFTUNG SPRECHEN

Vorerst gilt es, kurz über die Kausalhaftung als Haftungsprinzip zu orientieren. Der Begriff "Kausalhaftung" dient in der schweizerischen (privatrechtlichen) Doktrin als Oberbegriff für die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit ohne Rücksicht auf das Verschulden. Kausalhaftungstatbestände werden in zwei Kategorien unterteilt, nämlich in G e f ä h r d u n g s h a f t u n g [22] und g e w ö h n l i c h e Kausalhaftung [23].

---

21 Zum Ausdruck "Eingriff" vorn § 10 FN 34; § 10 III. 2.1.

22 A.KELLER 33f. verwendet für den Begriff "Gefährdungshaftung" den Ausdruck "scharfe Kausalhaftung". Vgl. als Bspl. einer Gefährdungshaftung SVG 58 Abs. 1, LFG 64; ferner die Zusammenstellungen bei A.KELLER 33 und K.OFTINGER I 22f..

23 A.KELLER 31 verwendet für diese Kategorie von Kausalhaftungen den Begriff "milde Kausalhaftung". Vgl. als Bsple.: ZGB 333 (Haftung des Familienhauptes); OR 55 (Haftung des Geschäftsherrn); ferner die Zusammenstellungen bei A.KELLER 31 und K.OFTINGER I 26f..

Motive zur Normierung einer Gefährdungshaftung beruhen auf dem G e f a h r e n m o m e n t , welcher einer bestimmten Verrichtung innewohnt. Der Gefahrenmoment drückt sich entweder durch eine naheliegende Schädigungsmöglichkeit oder durch die Wahrscheinlichkeit aus, "dass eine Anomalie der betreffenden Vorrichtung oder Tätigkeit quantitativ oder qualitativ schwere Folgen zeitigt" [24]. Dogmatisch gesehen, kommt die Gefährdungshaftung im schweizerischen Recht auf eine Haftungspräsumtion hinaus, die sich grundsätzlich nur durch den Beweis fehlender Adäquanz umstossen lässt[25].

Gewöhnliche (milde) Kausalhaftungen sind alle übrigen verschuldensunabhängigen Haftungstatbestände, welche nicht der Kategorie der Gefährdungshaftungen angehören. Ausser den beiden negativen Merkmalen, dass sie nicht speziell von einem Gefahrenmoment ausgehen und das Verschulden keine Haftungsvoraussetzung darstellt, weisen die milden Kausalhaftungen keine Gemeinsamkeiten auf.

Wie der historisch-dogmatische Ueberblick der Amtshaftung gezeigt hat[26], stellt ihre positivrechtliche Ausgestaltung ein geschichtliches Produkt mit enger Bindung an privatrechtliche Deliktsvorstellungen dar. Die Amtshaftung erweist sich in ihrer heutigen Ausformung weitgehend als das Ergebnis eines überspannten, ursprünglich eng begrenzten Haftungsprinzips. Konnte sich das Gemeinwesen anfangs dieses Jahrhunderts bei rechtswidriger Schädigung aus hoheitlichen Verrichtungen damit begnügen, den Geschädigten mit einer Klage an den verant-

---

24 K.OFTINGER I 20.
25 K.OFTINGER, Festschrift 970.
26 Vgl. vorn § 5 IV..

wortlichen Beamten zu "vertrösten", so entspricht heute selbst die originäre-verschuldensabhängige Staatshaftung den zeitgemässen Anforderungen nicht mehr. Der Bürger steht im modernen Leistungsstaat nicht nur in einzelnen Fällen einem Beamten gegenüber, der in amtlicher Eigenschaft hoheitliche Verrichtungen ausübt, sondern unausgesetzt in zahlreichen Beziehungen dem Staat als Hoheitsverband. Der Umfang der staatlichen Tätigkeit und dementsprechend die Möglichkeit dabei Schaden zu verursachen, werden immer grösser. Das bisherige System, das weitgehend auf dem personalen Verschulden des fehlbaren Amtswalters beruht, vermag den gewandelten wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Verhältnissen nicht mehr zu genügen. Die Bandbreite dessen, was mit dem Verschuldensprinzip erreicht und dem Anspruch auf Gerechtigkeitskonsens geregelt werden kann, ist ausgeschöpft. Die sich heute stellende Frage lautet daher nicht, ob die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Gemeinwesens als Verschuldenshaftung oder als Kausalhaftung auszuformen sei [27]. Die aktuelle Diskussion dreht sich vielmehr um das Problem, wie die Staatshaftung als Kausalhaftung gesetzlich zu regeln sei.

Im Privatrecht sind ähnliche Untersuchungen feststellbar. Auch dort ist die Diskussion über die Praktikabilität des überkommenen Haftungssystems, in welchem die Verschuldenshaftung die Regel, die Kausalhaftung die Ausnahme darstellt [28],

---

27 Deshalb wird hier darauf verzichtet, näher auf das Pro und Contra hinsichtlich der Ausgestaltung der Staatshaftung als Verschuldenshaftung bzw. als Kausalhaftung und die sich dadurch ergebenden dogmatischen Konsequenzen einzutreten. - Vgl. zu diesem Fragenkomplex: H.R.SCHWARZENBACH, Haftung der Kantone und Gemeinden; M.REHBINDER, Festschrift.

28 K.OFTINGER I 14ff..

in Fluss geraten [29]. Ein Phänomen dieser Erscheinung ist das Problem der Produktehaftung. Auf die Verwandtschaft der Tatbestände der rechtsstaatlich verstandenen Staatshaftung und der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des Unternehmers für ihm zurechenbare Produkteschäden wurde bereits hingewiesen [30]. Die Abkehr von der traditionellen Individualhaftung zur kollektiven Verantwortlichkeit zeigt sich ferner an der zunehmenden Bedeutung der Haftpflichtversicherung[31]. Gesucht wird auch im Privatrecht ein den faktischen und rechtlichen Auswirkungen der modernen Industrie- und Leistungsgesellschaft gerecht werdendes Haftungsprinzip.

Welche Wege im bürgerlichen Recht einzuschlagen sind, um der veränderten Rechtswirklichkeit haftungsrechtlich zu begegnen, kann hier offenbleiben [32].

Im öffentlichen Recht ist bei der Beantwortung dieser Frage davon auszugehen, dass der machtmässige Mehrwert des Hoheitsträgers vorausgesetzt ist. Es liegt nicht ein Zustand der

---

29 Vgl. aus dem Schrifttum dazu z.B.: K.OFTINGER I 37ff.; D.von SCHENK 73 ff., 166ff.; E.W.STARK v.a. 157ff.; P.TERCIER, Considérations (durchgehend); P.WIDMER, Standortbestimmung; W.YUNG 101ff., 137. Vgl. auch vorn § 2 III. 2. bei FN 35.

30 Vorn § 7 V. 4.1.1.

31 Vgl. zu diesem Aspekt: E.DEUTSCH 78ff.; K.OFTINGER I 38ff.; G.VINEY 11ff.; W.YUNG 143ff.; vorn § 2 III. 2. bei FN 40.

32 Die Ausgangslage für solche haftungsrechtliche Korrekturen ist im öffentlichen und privaten Recht nicht dieselbe. Durch das Aufkommen wirtschaftlicher Konzentrationen ist die Systemgrundlage des Privatrechts - eine bestimmte tatsächliche Gleichordnung der beteiligten Rechtsträger (vgl. K.H.BIEDENKOPF 14ff.) - teilweise durchbrochen. Bleibt der Faktor der wirtschaftlichen Macht rechtlich ausgeklammert, so gewährleistet die Privatautonomie nur noch theoretisch die optimale Freiheit der Rechtsausübung. Faktisch unterstützt und fördert sie den Zustand der machtmässigen Ungleichheit. Der Rechtsordnung sind daher korrigierende Mechanismen einzubauen, die zumindest ein Grösserwerden der Chancenungleichheit der beteiligten Rechtssubjekte verhindern. - Im öffentlichen Recht ist das Machtgefälle zwischen den Parteien keine neue Erscheinung. Es ist für die Beziehung zwischen Staat und Bürger vielmehr kennzeichnend.

Gleichordnung, sondern ein Zustand der Subordination in der Rechtsbeziehung zwischen Bürger und Staat vor. Gewandelt hat sich im öffentlichen Recht nicht wie im Privatrecht primär das Machtgefälle der beteiligten Rechtssubjekte. Verändert haben sich die Erscheinungsformen staatlicher Gewalt. Im modernen Leistungsstaat der Gegenwart hat der Grad der Abhängigkeit des Einzelnen vom Gemeinwesen zugenommen. Die Leistungsverhältnisse der schlichten Hoheitsverwaltung[33)], deren Zweck die Befriedigung allgemeiner Bedürfnisse zu sozial angemessenen Bedingungen ist, stellen heute eine wesentliche Voraussetzung zur menschlichen Selbstverwirklichung und Selbstdarstellung dar. Dadurch wird der anonyme Bürger in eine Rechtslage gedrängt, die faktisch dem Ueber- und Unterordnungsverhältnis der Staatsgewalt entspricht[34)]. Der Private ist dem Staat nicht nur unterlegen, wenn dieser in Formen der Eingriffsverwaltung auftritt. Die gesteigerte Abhängigkeit des Einzelnen vom Staat im Bereich der Daseinsvorsorge (Bildungs- und Krankenwesen, Verkehrs- und Versorgungsbetriebe etc.) führt ebenfalls zu einem Subordinationsverhältnis.

Mit dieser Entwicklung vermochte die öffentlichrechtliche Haftungsordnung nicht Schritt zu halten. Sie ist in dem Sinne zu korrigieren, dass der öffentlichrechtliche Haftpflichtschutz den veränderten Erscheinungsformen staatlicher Macht Rechnung trägt. Sie ist ferner in dem Umfang angemessen[35)] zu verbessern, in dem der Bürger durch das Gemeinwesen geschädigt wird, weil er von ihm abhängig ist und faktisch daher keine Abwehrmöglichkeit hat. Es fehlt dem Einzelnen an adäquaten Alternativen[36)].

---

33 Vorn § 10 III. 2.2.

34 Vgl. vorn § 10 III. 2.2 bei FN 59.

35 Zu diesem Aspekt vorn § 7 II. 1.2 a.E..

36 Der Durchschnittsbürger ist beispielsweise auf die medizinische Versorgung im öffentlichen Spital angewiesen. Er kann sich keine Behandlung in einer Privatklinik leisten.

GEDANKEN ZUM HAFTUNGSPRINZIP EINER ZEITGEMÄSS AUSGESTALTETEN STAATSHAFTUNG

I. IM ALLGEMEINEN

Das Haftungsprinzip einer Schadenersatzordnung ergibt sich aus deren Funktion. Es hat den gesellschaftlichen Bedürfnissen und ethischen Vorstellungen einer Rechtsgemeinschaft zu entsprechen.

Im Amtshaftungsrecht ist die Auffassung durchgedrungen, dass der Staat Dritten gegenüber für die schädigenden Fehlleistungen seiner Organisation unmittelbar und nicht über das fremde Einzelverhalten des fehlbaren Amtswalters einzustehen hat. Gefordert wird, die Staatshaftung sei in Form der Kausalhaftung auszugestalten. Diese Verpflichtung soll auch den Kantonen auferlegt werden [1]. Damit wird für die Amtshaftung im Aussenverhältnis, d.h. für die Staatshaftung, das Verschuldensprinzip preisgegeben. Diese Preisgabe führt jedoch deswegen nicht zu einem Rückschritt bei der Selbstverantwortung, weil die Beamtenhaftung nach wie vor auf dem Verschuldensprinzip beruht. Vom objektivierten Verschuldensbegriff [2] kann freilich abgegangen und das

---

1 So SCHLUSSBERICHT 171, 380. Das Argument, die Kantone hätten andere Aufgaben als der Bund zu erfüllen, und der Umstand, dass zahlreiche kantonale Funktionäre nur nebenamtlich tätig werden (vgl. H.R.SCHWARZENBACH, Haftung der Kantone und Gemeinden 254f.), sprechen nicht gegen die Einführung der originären-verschuldensunabhängigen Staatshaftung in den Kantonen. Das Rechtsstaatsprinzip staatlicher Verantwortlichkeit gilt gleichermassen für Bund und Kantone. - Kantonale Besonderheiten - seien es solche, die die Verwaltungsorganisation betreffen oder solche, die das Amtsverhältnis berühren - können bei der Regelung der Beamtenhaftung gebührend berücksichtigt werden.

2 Zum objektivierten Verschuldensbegriff vorn § 7 III'. bei FN 71.

Fehlverhalten eines staatlichen Funktionärs nach subjektiven individuellen Gesichtspunkten beurteilt werden. Durch den Verzicht auf das Verschulden als Anspruchsvoraussetzung der Staatshaftung erweitert sich der Haftungsbereich des Gemeinwesens für Schadenakte aus hoheitlich-rechtswidrigen Verrichtungen. Daraus folgt, dass eine sinnvolle Begrenzung der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit der öffentlichen Hand über das Merkmal der Widerrechtlichkeit zu erfolgen hat. Die Interpretation und Umschreibung des Widerrechtlichkeitsbegriffes wird damit zum eigentlichen Steuerungsfaktor der rechtsstaatlich verstandenen Amtshaftung.

II. DIE KAUSALHAFTUNG ALS HAFTUNGSPRINZIP EINER RECHTSSTAATLICH VERSTANDENEN STAATSHAFTUNG

Das gegenwärtige Rechtsempfinden verlangt die Schadloshaltung des durch hoheitliche Verrichtungen rechtswidrig Geschädigten. Die überkommenen Amtshaftungsordnungen werden dieser Anforderung nicht oder nicht vollumfänglich gerecht. Sie sind der Tradition verhaftet, dass das Gemeinwesen nur mittelbar, über ein individuell feststellbares Fehlverhalten eines Amtswalters Unrecht tun kann. Das Rechtsstaatsprinzip verlangt jedoch den angemessenen Ausgleich widerrechtlich verursachten Schadens, unabhängig davon, ob der Rechtsverstoss vorwerfbar oder individuell lokalisierbar ist. Die Staatshaftung ist deshalb von der Anspruchsvoraussetzung des Verschuldens zu lösen. Damit ist der Weg vorgezeigt, die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Staates auf das Prinzip der Kausalhaftung zu stellen[3)].

---

3 Vgl. dazu die originäre Staatshaftung im rechtsdogmatischen Sinn, vorn § 6 II. 2.4.1.

Nun ist es keineswegs so, wie gelegentlich behauptet wird [4], dass die Wahl zwischen der Staatshaftung in Form der Verschuldenshaftung und derjenigen in Form der Kausalhaftung der Alternative zwischen Verschuldenshaftung und Gefährdungshaftung entspricht. Erachtet man die verletzte Rechtsstaatlichkeit als Rechtsgrundlage der Staatshaftung, so ist die logische Folge, dass man sich gegen die Gefährdungshaftung als Haftungsprinzip eines allgemeinen öffentlichrechtlichen Haftungstatbestandes entscheidet. Das Wesen rechtsstaatlich verstandener Staatshaftung bedeutet Rechtsschutzgewährleistung für hoheitliches Unrecht. Adressat der Rechtsstaatsidee ist das Gemeinwesen in der Eigenschaft als Schädiger und nicht als Garant für die soziale Sicherheit des Einzelnen. Der Schutz des Individuums vor Lebensrisiken und schicksalshafter Bedrohung durch Leistungen der Allgemeinheit ist Ausfluss des Sozialstaatsprinzips. Die Idee des Sozialausgleichs beruht auf dem Gedanken der Existenzsicherung und nicht auf der Vorstellung der Wiedergutmachung. Der Staat ist hier nicht Partei, sondern Garant.

Gegen die Staatshaftung in Form der Gefährdungshaftung spricht ferner die Tatsache, dass vom Gemeinwesen nicht schlechthin allein durch seine Hoheitsgewalt und trotz fortschreitender Interdependenz zwischen Bürger und Staat eine Gefahr ausgeht, welche die Legalisierung einer allgemeinen Gefährdungshaftung rechtfertigen würde [5/6].

---

4 So z.B.: H.R.SCHWARZENBACH, Haftung der Kantone und Gemeinden 253.

5 Auch bei der Reform der Staatshaftung in der BRD wurde im Revisionsentwurf ausdrücklich darauf verzichtet, die Staatshaftung in Form der Gefährdungshaftung als Diskussionsvariante vorzuschlagen, vgl. F. OSSENBUEHL, Staatshaftungsrecht 242f.. - Bereits früher haben im deutschen Schrifttum G.JAENICKE 179ff. (Zusammenfassung seiner Leitsätze) und W. LEISNER 241ff. (Zusammenfassung seiner Leitsätze) die Gefährdungshaftung als allgemeines Haftungsprinzip im öffentlichen Recht abgelehnt.

6 Gegen die Einführung einer allgemeinen Gefährdungshaftung im Privatrecht sprechen sich in ihren Referaten zum schweizerischen Juristentag 1967 auch E.W.STARK 159ff. und Protokoll S. 744; F.GILLARD 306, aus. Eine nähere Untersuchung dieser Thesen verlangen: H.W.MATHYS 425; P.WIDMER, Gefahrensatz 321 FN 93; W.YUNG 135.

Abzulehnen sind demnach Vorschläge [7] , welche sich für eine allgemeine Risikohaftung [8] im öffentlichen Recht aussprechen.

Aus dem Gesagten kann ein erstes Fazit gezogen werden: Die Gefährdungshaftung als Spielart der Kausalhaftung ist dem Rechtsstaatsprinzip staatlicher Verantwortlichkeit fremd.

Andererseits darf die Ablehnung der öffentlichrechtlichen Kausalhaftung nicht dazu führen, dass das Gemeinwesen - wie das im positiven Recht grundsätzlich für alle verschuldensunabhängigen Staatshaftungen zutrifft - nur kraft Zurechnung eines fremden Einzelverhaltens vermögensrechtlich verantwortlich wird. Die positivrechtlichen, originären-verschuldensunabhängigen Staatshaftungen folgen den Grundsätzen der milden Kausalhaftung. Die sogenannten milden oder gewöhnlichen Kausalhaftungen sind von Elementen der Verschuldenshaftung durchzogen und beruhen weitgehend auf Deliktvorstellungen [9] . Der Hang dieser Tatbestände zum Verschuldensprinzip kommt bei der Beweislastverteilung zwischen dem Geschädigten und dem präsumtiven Haftpflichtigen (Befreiungs- und Entlastungsbeweis) zum Ausdruck. Haftungskriterium ist die Sorgfaltsverletzung bzw. im Staatshaftungsrecht die Amtspflichtverletzung. Das Unwerturteil einer Sorgfaltsverletzung setzt v e r g l e i c h b a r e Messwerte und Massstäbe voraus. Vergleichsfaktoren sind im Privatrecht einerseits der Durchschnittsstand von Sorgsamkeit, andererseits der Gedanke, dass die widerstrebenden Interessen von Schädiger und Geschädigtem kommensurabel sind. Grundlage jeder privatrechtlichen Rege-

---

7 Geleitet von der Idee der Unternehmerverantwortlichkeit und in Anlehnung an französische Vorbilder propagiert P.U.ROSENSTOCK 228ff., 267ff. eine Risikohaftung als allgemeines Haftungsprinzip im öffentlichen Recht. Vgl. die zutreffende Kritik an diesen Vorschlägen durch M.STREICHENBERG 140ff..

8 Vgl. zur Gefährdungshaftung vorn § 16 III. 2. bei FN 22.

9 Vgl. A.KELLER 31; P.WIDMER, Standortbestimmung 306 insbes. FN 45f..

lung ist letztlich das Prinzip der g l e i c h r a n g i g e n und g l e i c h a r t i g e n [10] Interessen der beteiligten Rechtssubjekte. Die Schranke und Aufgabe einer privatrechtlich fundierten Haftungsordnung ergibt sich aus der Voraussetzung, dass die auszugleichenden Interessen mit gleichem Mass messbar sind [11].

Diese Voraussetzungen liegen bei der Staatshaftung nicht vor. Sie setzt ihrerseits vielmehr einen Zustand der Ungleichheit voraus. Die Interessen der Allgemeinheit sind nicht gleichrangig mit denjenigen des Einzelnen. Schädigt das Gemeinwesen den Bürger aus einem Verhältnis der Gleichordnung, fällt dieser Tatbestand eben gerade nicht in den Geltungsbereich der öffentlichrechtlichen Verantwortlichkeit des Gemeinwesens. Die Beurteilung solcher Schadenereignisse hat nach privatrechtlichen Regeln zu erfolgen.

Dazu kommt ein weiterer Aspekt. Zum Wesen der rechtsstaatlich verstandenen Staatshaftung gehört das Merkmal der Unmittelbarkeit [12] staatlicher Verantwortlichkeit. Die Anspruchsvoraussetzungen müssen unmittelbar beim Gemeinwesen erfüllt sein. Die öffentliche Hand haftet nicht als Zurechnungssubjekt eines fremden Einzelverhaltens, dessen Pflichtwidrigkeit am erwarteten Durchschnittsverhalten einer sich mit entsprechenden Tätigkeiten befassenden Person ermittelt wird. Der Staat ist originäres Haftpflichtsubjekt. Innerstaatlich kann sein schädigendes Verhalten weder an den auszugleichenden Interessen noch am Durchschnitts-

---

10 Die Gleichartigkeit der Interessen ist darin zu erblicken, dass der Freiheit der Rechtsausübung die Freiheit der Rechtserhaltung gegenübersteht. Beide Aspekte berühren die Frage der Rechtsverwirklichung.
11 P.WIDMER, Standortbestimmung 329.
12 Vorn § 7 V. 4.1.1.

verhalten anderer Rechtssubjekte gemessen werden. Die Interessen sind nicht kommensurabel. Vergleichspersonen sind nicht vorhanden.

Daraus kann eine weitere Schlussfolgerung gezogen werden: Die milde Kausalhaftung des Privatrechts ist zur Verwirklichung des Prinzips der rechtsstaatlich verstandenen Staatshaftung ungeeignet. Sie setzt vergleichbare Verhalten und eine gleichrangige Interessenlage voraus. Beides trifft für die Systemgrundlage der öffentlichrechtlichen Haftungsordnung nicht zu.

Vom dogmatischen Standpunkt aus betrachtet, ist demnach eine Haftung ohne Verschulden anzustreben, die sich qualitativ, d.h. nach Zurechnung, wie Anknüpfung, von der milden (= gewöhnlichen) und von der scharfen Kausalhaftung unterscheidet. Sie ist derart auszugestalten, dass sie der besonderen öffentlichrechtlichen Haftungssituation gerecht wird. Diese Haftungssituation ist dadurch gekennzeichnet: Das Subordinationsverhältnis zwischen Staat und Bürger und das Merkmal der Unmittelbarkeit staatlicher Verantwortlichkeit verbieten, dass bei der Beurteilung staatlichen Unrechts vom Durchschnittsstand menschlicher Sorgfalt und Aufmerksamkeit ausgegangen wird. Den Massstab für staatliches Unrecht hat im öffentlichen Recht das Gesetz zu vermitteln. Die Rechtswidrigkeit einer hoheitlichen Schädigung beurteilt sich nach der Legalität. Im positiven Recht sind die Entscheidungsgrundlagen daher derart zu umschreiben, dass sie dem Richter einen für die Lösung des Einzelfalles angemessenen Beurteilungsspielraum gewähren. Dabei gilt es, sich von privatrechtlichen Denkvorstellungen zu lösen. Im privaten Schadenersatzrecht ist der Ausgleich kommensurabler Interessen anzustreben. Die öffentlichrechtliche Haftpflicht dagegen muss versuchen, den Grundsatz der Lastengleichheit aller Staatsbürger angemessen zu verwirklichen. Der öffentlichrechtliche Haftpflichtschutz muss dort eingreifen, wo der vom Hoheitsträger verursachte Schaden dem Ein-

zelnen nicht mehr zumutbar ist. Uebertragen auf die gesetzliche Regelung bedeutet dieser Systemgedanke, dass die Haftung des Gemeinwesens einer Abstufung nach der Art der geschädigten Rechtsgüter [13] und dem Umfang der zu ersetzenden Vermögensbeeinträchtigung zugänglich ist [14]. Inhalt und Umfang der staatlichen Ersatzleistung bestimmen sich demnach primär am Schutzbedürfnis des Geschädigten. So erfordert die Beeinträchtigung des "existenziellen Grundrechtsgüterbereichs" [15] verschärfte Haftungsfolgen. Der Ausgleichsgedanke des Haftpflichtrechts verlangt freilich auch, dass bei der Beurteilung staatlichen Unrechts der Bestand sachlicher und persönlicher Mittel des Staates (= Leistungsfähigkeit und Leistungsgrenzen) sowie die Eingriffsintensität oder verallgemeinert die Art und Weise der hoheitlichen Schädigung [16] berücksichtigt wird. Damit vereinbar ist eine nach der Geringfügigkeit der Rechtsverletzung [17] oder ähnlicher Gründe wegen differenzierte Haftung. Innerhalb dieses Verantwortungsbereiches ist der Begriff der Widerrechtlichkeit tatbestandsmässig festzulegen. Die "Haftung ohne Verschulden" ist nach Art der betroffenen Rechtsgüter und damit einhergehend nach der Art und Weise der Schädigung zu relativieren. Damit ist dem Richter ein Beurteilungsspielraum eingeräumt, der der besonderen Haftungssituation im öffentlichen Recht Rechnung trägt. Insbesondere können diesem Haftungsprinzip sowohl Schädigungen aus Fehlverhalten wie auch solche infolge mangelhaft unterhaltener öffentlicher Werke untergeordnet werden. Vermeiden lassen sich auch die "Verlegenheitslösungen", welche dem Richter auftragen, im Einzelfall unvermittelt aus der Verfassung abgeleitete staatliche Entschädigungsleistungen zuzusprechen [18].

---

13 Vorn § 7 V. 4.2.2.
14 Vgl. zur Ablehnung des "Alles- oder Nichts-Grundsatzes" als Prinzip für staatliche Entschädigungsleistungen vorn § 7 II. 1.2.
15 H.-J.VOGEL 27.
16 Vgl. vorn § 7 V. 4.2.2 bei FN 227.
17 So z.B. § 2 des Entwurfes eines deutschen Staatshaftungsgesetzes (zit. bei F.OSSENBUEHL, Staatshaftungsrecht 242).
18 Vgl. vorn § 14 II..

Diese Richtlinien scheinen mir eine gesetzestechnisch realisierbare Antwort auf die Forderung nach einem verbesserten öffentlichrechtlichen Haftpflichtschutz abzugeben, ohne dass juristische Modeströmungen Eingang ins positive Recht finden. Mit dem Merkmal der Widerrechtlichkeit, wie es in dieser Arbeit [19] verstanden wird, ist ein Steuerungselement vorgezeigt, das innerhalb eines fest umrissenen Verantwortungsbereichs subtile Abstufungen erlaubt. Zweifellos bedürfen diese Diskussionspunkte, um in der Praxis das gewünschte Resultat zu erzielen, der Verfeinerung. Auszuschliessen ist auch nicht, dass der mit der Rechtswirklichkeit besser vertraute Gesetzgeber andere Wertungen vornimmt. Folgt man jedoch dem Rechtsstaatsprinzip staatlicher Verantwortlichkeit, so ist nicht anzunehmen, dass in Grundsatzfragen völlig andere Meinungen vertreten werden.

Welche Lösung letztlich realisiert wird, ist eine rechtspolitische Frage. Feststeht, dass sich das Recht im Sinne des Schutzes des Bürgers vor staatlicher Macht, in welcher Form auch immer, weiterentwickeln muss. "Der Gesetzgeber wird aber auch nicht vergessen und übersehen dürfen, dass der Staat nicht nur bestimmt ist, jegliches Opfer seiner Bürger zu verhüten oder durch Geld aufzuwiegen. Die Kunst des Gesetzgebers wird auch in Zukunft in einer vernünftigen Abwägung dessen bestehen, was einerseits dem Staat, andererseits auch dem Bürger zumutbar ist"[20].

---

19 Vgl. auch vorn § 7 V. 4.1.3.
20 W.THALMANN 328.

ZUSAMMENFASSUNG

Mit den nachstehenden Rekapitulationspunkten schliesst der Allgemeine Teil der Arbeit. Er hat im Ueberblick den Bestand der aktuellen Fragen im Amtshaftungsrecht inventarisiert. Dabei ruhte der Schwerpunkt der Ausführungen auf der Idee der rechtsstaatlich verstandenen Staatshaftung. Gelegentlich wurden einzelne Themen eingehender behandelt. Immer jedoch beschränkten sich die Bemerkungen auf das Wesentliche.

Dennoch reichen m.E. diese Erwägungen aus, um dem Leser eine Uebersicht über den Stand und die gegenwärtigen Probleme des schweizerischen Amtshaftungsrechts zu vermitteln.

I. DIE ÖFFENTLICHRECHTLICHE UND DIE PRIVATRECHTLICHE HAFTUNGSORDNUNG STEHEN UNABHÄNGIG NEBENEINANDER

1. Die öffentlichrechtliche und die privatrechtliche Haftungsordnung beruhen auf verschiedenen Systemgrundlagen.

2. Das privatrechtliche Schadenersatzrecht setzt gleichrangige Interessen voraus und versucht, diese auszugleichen. Es liegt ein Zustand der qualitativen Aequivalenz vor.

   Die öffentlichrechtliche Schadenersatzordnung geht von einem Subordinationsverhältnis zwischen Schädiger und Geschädigtem aus. Ihre Aufgabe besteht in der angemessenen Wiedergutmachung des durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzten Bürgers.

3. Vom dogmatischen Standpunkt her betrachtet, ergeben sich daraus für beide Haftungsbereiche unterschiedliche, allgemeine Haftungsprinzipien.

II. DAS RECHTSSTAATSPRINZIP STAATLICHER VERANTWORTLICHKEIT

1. Der Haftungsgrund einer zeitgemäss verstandenen Staatshaftung liegt in der verletzten Rechtsstaatlichkeit.

2. Adressat des Rechtsstaatlichkeitsgebotes ist der Staat. Eine dem heutigen Rechtsempfinden gerechtwerdende Amtshaftung erhält ihr Gepräge deshalb durch eine entsprechende Ausgestaltung der Staatshaftung.

3. Die Aufgabe einer rechtsstaatlich verstandenen Staatshaftung besteht in der Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen der Forderung nach materieller Gerechtigkeit und der Sicherung des durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzten Bürgers.

4. Das Wesen einer derart konzipierten Staatshaftung bedeutet Rechtsschutzgewährleistung für hoheitliches Unrecht.

5. Die Verantwortlichkeit des Gemeinwesens für hoheitliches Unrecht ist abzugrenzen gegenüber rechtmässigen Eingriffen des Staates, gegenüber einer allgemeinen Risikohaftung der öffentlichen Hand und gegenüber einem sozialen Entschädigungsrecht.

6. Weil Adressat des Rechtsstaatsgebotes der Staat ist, ist das Gemeinwesen auch unmittelbares Haftungssubjekt für hoheitliche Fehlleistungen. Damit ist der Gestaltungsspielraum vorgezeigt,

an den sich der Gesetzgeber bei der Formulierung eines allgemeinen öffentlichrechtlichen Haftungsprinzips für hoheitliches Unrecht zu halten hat.

III. DIE IDEE DER ORIGINÄREN STAATSHAFTUNG (IM RECHTSDOGMATISCHEN SINN) ALS VERWIRKLICHUNG DES RECHTSSTAATSPRINZIPS

1. Dem Rechtsstaatsprinzip entspricht allein die Pflicht zur angemessenen Restitution für hoheitliches Unrecht, ohne Rücksicht darauf, ob der Rechtsverstoss vorwerfbar ist.

2. Daraus folgt, dass der Haftungsbereich des Staates und derjenige des Beamten rechtsdogmatisch auseinander zu halten sind.

3. Die Haftungsprinzipien der Staats- und Beamtenhaftung sind qualitativ andersartig. Sie unterscheiden sich nach Zurechnung und Anknüpfung.

4. Die schuldhafte Amtspflichtverletzung markiert die Grenze der Beamtenhaftung. Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Beamten verlagert sich völlig ins Innenverhältnis. Das Verschulden ist als persönlicher, individueller Vorwurf gegenüber dem fehlbaren Amtswalter zu verstehen.

5. Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Gemeinwesens ist als "Haftung ohne Verschulden" auszugestalten. Massstab für hoheitliches Unrecht ist das Prinzip der Legalität. Die Beurteilung der Widerrechtlichkeit einer hoheitlichen Verrichtung bestimmt sich nach der Art des verletzten Rechtsgutes sowie nach der Art und Weise der Beeinträchtigung. Die Haftung ist einer Abstufung nach Ausmass der zu ersetzenden Vermögenseinbusse zugänglich.

6. Die Staatshaftungssphäre wird vom Subordinationsverhältnis zwischen Schädiger und Geschädigtem geprägt. Rechtswidrige Schadenereignisse, die durch die rechtliche und faktische Ueberlegenheit des Gemeinwesens gekennzeichnet sind, fallen in den Geltungsbereich der Staatshaftung unabhängig davon, in welcher Erscheinungsform die Staatsgewalt auftritt.

7. Die originäre Staatshaftung als Verwirklichung des Rechtsstaatsprinzips erfasst grundsätzlich hoheitliches Unrecht aus allen drei Bereichen staatlicher Gewalt (Legislative, Judikative, Exekutive). Insbesondere sind ihr Schädigungen sowohl aus Tat- und Rechtshandlungen als auch aus Verhaltens- wie "Zustandsunrecht" unterzuordnen.

8. Vorbehalten bleibt die haftungsrechtliche Regelung staatlichen Unrechts auf dem Wege der Spezialgesetzgebung.

BESONDERER TEIL

DIE AUSGESTALTUNG DER AMTSHAFTUNG NACH DEM BÜNDNERISCHEN VERANTWORTLICHKEITSGESETZ VOM 29. OKTOBER 1944 [1/2)]

VORBEMERKUNGEN

Der Besondere Teil der Arbeit befasst sich mit der Amtshaftungsordnung im Kanton Graubünden aufgrund des Gesetzes über die Verantwortlichkeit der Behörden und Beamten und die Haftung der öffentlich-rechtlichen Körperschaften vom 29. Oktober 1944. Wie im Allgemeinen Teil bilden auch hier die Bemerkungen zur Staatshaftung den Schwerpunkt der Untersuchungen. Die Beamtenhaftung wird nur am Rande erwähnt. Die gleiche Bemerkung ist hinsichtlich der formellrechtlichen Seite des Verantwortlichkeitsgesetzes anzubringen, d.h. betreffend verfahrensrechtlicher Fragen. Diese thematischen Eingrenzungen sind deshalb angezeigt, weil nicht beabsichtigt ist, die einzelnen Gesetzesartikel zu kommentieren. Für ein solches Vorgehen spricht zweierlei: Zum einen die Tatsache, dass das geltende bündnerische Verantwortlichkeitsgesetz seit über 30 Jahren in Kraft ist. Zum anderen die im Bunde bestehenden Bestrebungen, die Kantone zu verpflichten, ihre Staatshaftungsgesetze auf die Rechtsstaatsidee [3)] auszurichten. Beide

---

1 BR 170.050.
2 Der Wortlaut des Gesetzes ist hinten im Anhang I widergegeben.
3 So SCHLUSSBERICHT 171; BERICHT 28.

Feststellungen weisen darauf hin, dass die bündnerische Amtshaftungsordnung in absehbarer Zeit möglicherweise revidiert wird. Es ist somit nicht angebracht, ein alterndes Gesetz in Form eines Kommentars abzuhandeln.

Es empfiehlt sich vielmehr, einzelne grundsätzliche Themen anzuschneiden. Von Interesse sind vor allem Fragen, welche die Haftung des Gemeinwesens gegenüber geschädigten Drittpersonen betreffen. Der methodische Aufbau der Ausführungen folgt demnach nicht der gesetzlichen Gliederung. Die Reihenfolge der behandelten Fragen ergibt sich nach sachlichen Kriterien. Selbstverständlich ist, dass bei der Erörterung der aufgeworfenen Probleme jeweils auf die einschlägigen Gesetzesartikel verwiesen wird.

Bei der Abfassung der Bemerkungen wird die Kenntis der Grundlagen der Amtshaftung im schweizerischen Recht vorausgesetzt. Es wird angenommen, der Leser sei mit der Idee der originären Staatshaftung und den sich daraus für das Amtshaftungsrecht ergebenden Konsequenzen vertraut.

ERSTER ABSCHNITT:

DIE ENTWICKLUNG DER AMTSHAFTUNG IM KANTON GRAUBÜNDEN: RECHTSHISTORISCHER ÜBERBLICK [4)]

§ 19

VERFASSUNGSRECHTLICHE GRUNDLAGEN

Während die Kantonsverfassung vom 1. Februar 1854 [5)] weder Regeln über die Beamtenhaftung noch solche über die Staatshaftung enthielt, bestimmte die revidierte Verfassung vom 23. Mai 1880 [6)] in Artikel 48:

> "Die Behörden, Beamten und öffentlichen Angestellten sind für ihre Geschäftsführung verantwortlich.
>
> Das Nähere bestimmt das Gesetz."

Die Verfassung vom 2. Oktober 1892 [7)] übernahm in Artikel 44 diese Bestimmungen in unveränderter Form. Diese Norm bildet die verfassungsmässige Rechtsgrundlage des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 29. Oktober 1944.

---

4 Vgl. auch die historisch-dogmatischen Betrachtungen zur Entwicklung der Amtshaftung vorn § 5.
5 Vgl. AS GR 1. Bd. (1860) S. 27ff..
6 Vgl. AS GR 5. Bd. (1880-1895) S. 1ff..
7 BR 110.100.

GESETZLICHE GRUNDLAGEN

I. VORARBEITEN ZUM ERLASS EINES KANTONALEN VERANTWORTLICHKEITSGESETZES

1. ERSTE VORARBEITEN

Die sowohl in der Verfassung vom 23. Mai 1880 wie in derjenigen vom 2. Oktober 1892 festgehaltene Absicht, wonach ein Gesetz "das Nähere" bestimmen solle, blieb bis im Jahre 1902 unausgeführt. Freilich wurden im Anschluss an den Erlass der Verfassungsbestimmung von 1880 (Art. 48) die Vorarbeiten für ein kantonales Verantwortlichkeitsgesetz unverzüglich in Angriff genommen. Bereits im Jahre 1883 lag ein Entwurf des Kleinen Rates (= Regierung)[1] vor. Die regierungsrätliche Vorlage sah u.a. die Haftpflicht der Beamten für leichte Fahrlässigkeit vor[2]. Gegen diesen Vorschlag erwuchs heftige Opposition. Deshalb wurde eine Spezialkommission eingesetzt mit dem Auftrag, den Entwurf umzuarbeiten. Diese Umarbeitung fand jedoch nicht statt. Das Geschäft blieb liegen[3].

2. ZWEITER ANLAUF

Im Jahre 1883 trat das aOR in Kraft. aOR 64[4] bestimmte:

---

1 Vgl.: Volksbeschluss über die Umbenennung des Kleinen Rates in Regierung (vom 3.10.1971), BR 170.310.
2 BOTSCHAFT VG/GR 2.
3 BOTSCHAFT VG/GR 2.
4 AS NF 5 S. 646.

"Ueber die Ersatzpflicht für Schaden, welchen öffentliche Beamte oder Angestellte in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursachen, können Bundes- oder Kantonalgeseze abweichende Bestimmungen aufstellen.

Für gewerbliche Verrichtungen öffentlicher Beamten oder Angestellten können jedoch die Bestimmungen dieses Titels durch Kantonalgeseze nicht geändert werden."

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes galt [5] - und ist heute noch Praxis[6] -, dass für Kantone, welche keine eigenen gesetzlichen Bestimmungen über die Beamtenhaftung kennen, die Regelung des Obligationenrechts (OR 41ff.) zur Anwendung gelangt.

Bis zum Erlass des kantonalen Verantwortlichkeitsgesetzes von 1902 traf dieser Rechtszustand auch im Kanton Graubünden zu. Wohl regelte beispielsweise CGB § 302 [7] die Verantwortlichkeit der Pfandprotokollführer. An einer umfassenden Haftungsordnung über die Geschäftsführung der Behörden und Beamten fehlte es jedoch.

---

5 Z.B. BGE 12 (1886) 233f..
6 Vgl. vorn § 5 II. 2.1.
7 Vgl. CGB, S. 209 (1. Lieferung). Das CGB ist mit Inkrafttreten des ZGB (am 1.1.1912) aufgehoben, soweit sich dessen Fortbestand nicht aus dem ZGB selbst oder dem EGzZGB GR ergibt; vgl. EGzZGB GR 197.

Gerade die Bestimmung von CGB § 302[8)] veranlasste die Behörden, erneut Vorarbeiten für ein kantonales Verantwortlichkeitsgesetz einzuleiten. Wie aus der BOTSCHAFT VG/GR[9)] hervorgeht, gab ein Urteil des Kantonsgerichts vom 18. Februar 1901 betreffend die Haftung des Pfandprotokollführers den eigentlichen Anstoss, um ein für sämtliche kantonalen Amtswalter geltendes Verantwortlichkeitsgesetz zu erlassen. Das Kantonsgericht hat im erwähnten Urteil die Schadenersatzklage gegen einen Protokollführer abgewiesen, welcher zum Nachteil von Drittpersonen vorschriftswidrig grobfahrlässige Eintragungen gemacht hatte.

Diese zu unbilligen Lösungen führende gesetzliche Grundlage widersprach dem Rechtsempfinden jener Zeit.

Bereits im Jahre 1902 legte deshalb die Regierung einen Gesetzesentwurf über die Verantwortlichkeit der Behörden, Beamten und öffentlichen Angestellten vor. Noch im gleichen Jahr wurde die Vorlage, nachdem sie vorgängig im Grossen Rat angenommen worden war, in der Volksabstimmung vom 16. November 1902 gutgeheissen, so dass das Gesetz auf den 1. Januar 1903 in Kraft gesetzt werden konnte.

---

8 CGB § 302: "Die Protokollführer, welche den Vorschriften dieses Gesetzes, so weit sie ihre Verrichtungen betreffen, aus Fahrlässigkeit zuwiderhandeln, sind von dem ihnen vorgesetzten Kreisgerichte, wenn daraus kein Schaden entstand, mit einer Busse von Fr. 2 bis Fr. 15, wenn aber daraus Schaden entstand, mit einer solchen von Fr. 10 bis Fr. 100 zu belegen. Geschah die Uebertretung mit böser Gefährde, so verfällt sie dem Strafrichter." - P.C.PLANTA erläutert in Anm. 2 zu § 302 (vgl. CGB S. 209, 1. Lieferung) diese Bestimmung, indem er bemerkt, von einer weitergehenden Verantwortlichkeit müsse, obwohl sie vielleicht wünschenswert wäre, deshalb Umgang genommen werden, weil sie gegen "hierländische Gewohnheiten und Volksanschauungen" verstossen würde. P.C.PLANTA war der Ansicht, dass eine Busse meistens genügen dürfte, um die Protokollführer zur Genauigkeit anzuspornen.

9 BOTSCHAFT VG/GR 2f..

II. GESETZ ÜBER DIE VERANTWORTLICHKEIT DER BEHÖRDEN, BEAMTEN UND ÖFFENTLICHEN ANGESTELLTEN VOM 16. NOVEMBER 1902 (aVG)[10]

1. ALLGEMEINE BEMERKUNGEN

Der Gesetzgeber verfolgte mit dem Erlass dieser Haftungsordnung zwei Ziele. Einerseits versuchte er, die Unbilligkeiten im kantonalen öffentlichrechtlichen Haftpflichtschutz zu beheben oder zumindest zu verringern. Andererseits wollte er die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit der kantonalen Funktionäre gegenüber der Regelung von aOR [11] (bzw. OR [12]) mildern [13]. Gemäss aVG 4 wurde die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit auf vorsätzlich und grobfahrlässig verursachten Schaden beschränkt.

Die Begrenzung der Ersatzpflicht des fehlbaren Amtswalters auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit entsprach dem damaligen Rechtsempfinden [14].

2. DIE GRUNDZÜGE DES VERANTWORTLICHKEITSGESETZES VON 1902 (aVG)

Das Gesetz regelte die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit der Behörden, Beamten und Angestellten des Kantons, der Bezirke, Kreise, Gemeinden und übrigen öffentlichen Korporatio-

---

10 AS GR 6 (1896-1910) 276ff..

11 Bis zum Inkrafttreten des aVG am 1.1.1903 galt, sofern nicht kantonale Spezialbestimmungen bestanden, aOR 50: "Wer einem Andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird demselben zum Ersatz verpflichtet." (vgl. AS NF Bd. 5 S. 644).

12 Ab 1.1.1912.

13 Zum Privilegierungsfaktor, vgl. vorn § 13 I. 2. bei FN 8.

14 Vgl. BOTSCHAFT VG/GR 8. Das bestätigen z.B. auch die alten Regelungen über die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit der öffentlichen Beamten und Angestellten des Kts. SZ (Art. 234ff. des EGzZGB SZ vom 10.12.1907); und des Kts. TG (VG vom 25.9.1851, § 2 lit. a; noch geltendes Recht jedoch in Revision, vgl. BOTSCHAFT TG).

nen [15] für in amtlicher Eigenschaft vorsätzlich oder grobfahrlässig verursachten Schaden [16]. Dem Gesetz nicht unterstellt waren die Mitglieder des Grossen Rates. Sie waren für ihre in der Behörde oder deren Kommissionen abgegebenen Voten und ihre Stimmgebung nicht verantwortlich [17]. Der Geschädigte konnte seine Verantwortlichkeitsklage nur dann mit Erfolg geltend machen, wenn er es nicht unterlassen hatte, "von den ihm zu Gebote stehenden Rechtsmitteln behufs Anwendung des Schadens Gebrauch zu machen" [18].

Das aVG statuierte eine subsidiäre Staatshaftung [19]. Soweit nämlich Behörden, Beamte und Angestellte oder deren Bürgen den Schaden, wofür sie verantwortlich waren, nicht ersetzen konnten, hatten die betreffenden Anstellungskorporationen dafür einzustehen. Diese waren berechtigt, von ihren Beamten und Angestellten Sicherheitsleistungen zu verlangen [20]. Damit ist ausgedrückt, dass in einem solchen Fall intern auf den Beamten zurückgegriffen werden konnte [21]. Aus aVG 9 Abs. 2 geht hervor, dass das aVG auch die interne Beamtenhaftung für direkte Schädigung des Gemeinwesens [22] regelte. Als Besonderheit enthielt das Gesetz eine Art haftungsrechtliche Décharge-Bestimmung. Sofern nämlich der fehlbare Amtswalter über sein Verhalten "Rechnung abgelegt und Bericht erstattet und die Rechnung oder der Bericht Genehmigung der zuständigen Organe erhalten" [23] hatte, konnte die Anstellungskörperschaft den Be-

---

15 aVG 1.
16 aVG 4.
17 aVG 7.
18 aVG 4.
19 Zur subsidiären Staatshaftung vorn § 6 II. 2.1.
20 aVG 5.
21 Zur internen Beamtenhaftung für indirekte Schädigung des Gemeinwesens vorn § 6 I. 2.2.
22 Zur internen Beamtenhaftung für direkte Schädigung des Gemeinwesens vorn § 6 I. 2.1.
23 aVG 9 Abs. 2.

amten für den Schadenakt nicht mehr belangen, es sei denn, sie hätte nachweisen können, "dass der Schädiger dabei in arglistiger Weise verfahren wäre, oder dass die Schädigung auf Vorsatz beruhte, oder dass ein Rechnungsirrtum vorlag"[24].

3. DIE UNZULÄNGLICHKEITEN DES aVG UND DIE VORARBEITEN ZUM ERLASS EINES NEUEN VERANTWORTLICHKEITSGESETZES

Im Anschluss an eine Unterschlagungsaffäre[25] bei der Brandversicherungsanstalt kam es im Grossen Rat[26] zu einer Debatte über diese Vorkommnisse. Im Verlaufe der Verhandlungen wurde aus dem Plenum darauf hingewiesen, dass die Revision des aVG dringend notwendig sei[27]. Gestützt auf diese Debatte kam es zu einer Kleinen Anfrage[28] mit dem Inhalt[29]:

---

24 aVG 9 Abs. 2.

25 In der Zeit vom Februar 1926 bis März 1938 beging der damalige Verwalter der kantonalen Brandversicherungsanstalt (=BVA, heute Gebäudeversicherungsanstalt genannt, vgl. Gesetz über die Gebäudeversicherung im Kt. GR (vom 12.4.1970), BR 830.100) Unterschlagungen in der Höhe von rund Fr. 390'000.--. In der Untersuchungshaft verübte er Selbstmord. Im Verlaufe der darüber eingeleiteten Untersuchung wurde die Frage aufgeworfen, ob nicht möglicherweise der Standesbuchhalter in seiner Eigenschaft als Chef der kantonalen Finanzverwaltung vermögensrechtlich verantwortlich gemacht werden könne, da er es unterlassen habe, die Buchhaltung der BVA mit ausreichender Sorgfalt zu überprüfen. Eine gestützt auf das aVG vom Kanton gegen den Standesbuchhalter angehobene Verantwortlichkeitsklage wurde vom KGer. GR (vgl. PKG (1943) Nr. 4) mit der Begründung abgewiesen, die BVA sei zwar "staatsrechtlich" gesehen eine selbständige öffentlichrechtliche Anstalt, organisatorisch betrachtet, stelle sie jedoch einen Teil des staatlichen Gesamtorganismus dar. Daher sei aVG 9 Abs. 2 anwendbar. Da der Standesbuchhalter seine Rechnung abgelegt sowie Bericht erstattet habe, und beides von der dazu zuständigen Stelle genehmigt worden sei, habe der Kanton auch sein Klagerecht verwirkt. aVG 9 Abs. 2 gelte unabhängig davon, ob es sich beim Fehlbaren um einen kantonalen Beamten oder um ein kantonales Organ handle.

26 Vgl. GRP (1940) 66ff..

27 Vgl. z.B. GRP (1940) 85.

28 Zum Begriff der "Kleinen Anfrage" vgl. Geschäftsordnung des Grossen Rates (vom 29.5.1956), Art. 46, BR 170.140.

29 Der volle Wortlaut der Kleinen Anfrage ist wiedergegeben in: GRP (1940) 120.

"Ist der Kleine Rat nicht bereit, eventuell in Anlehnung an analoge gesetzliche Regelungen neuern Datums in anderen Kantonen, dem Grossen Rat tunlichst bald einen bezüglichen Revisionsentwurf vorzulegen, um nicht länger Sünder durch die weiten Maschen der veralteten gesetzlichen Ordnung schlüpfen zu lassen?"

In der Antwort [30] des Kleinen Rates wurde die Auffassung geteilt, wonach das aVG zu revidieren sei.

III. BOTSCHAFT DES KLEINEN RATES AN DEN GROSSEN RAT VOM 13. MÄRZ 1942 ÜBER DIE REVISION DES VERANTWORTLICHKEITSGESETZES [31]

Der regierungsrätliche Entwurf sah u.a. die Normierung der externen und internen Beamtenhaftung für jegliches Verschulden (Art. 4, Art. 6) vor. Konnte der Amtswalter sowie dessen Erben oder Bürgen den Schaden, für den sie verantwortlich waren, nicht ersetzen, sollte gemäss Entwurf der Regierung das Gemeinwesen subsidiär (Art. 7) [32] für den Ausfallschaden einstehen.

Soweit die Grundzüge des regierungsrätlichen Entwurfes. Die nachstehenden Ausführungen befassen sich mit den in der Botschaft [33] dazu enthaltenen Erwägungen:

Aus der Botschaft geht hervor, dass die Regierung deshalb eine eigenständige [34] kantonale Regelung anstrebte, weil eine solche

---

30 Vgl. GRP (1940) 252f..
31 Vgl. BOTSCHAFT VG/GR. - Der redigierte Gesetzesentwurf der Regierung findet sich in der Botschaft auf S. 33ff..
32 Vgl. die entsprechende Bestimmung in aVG 5.
33 BOTSCHAFT VG/GR 1ff..
34 "Eigenständig" i.S.v. "abweichend" gemäss OR 61 Abs. 1. Vgl. vorn § 13 I. 2..

erlauben würde, die Verantwortlichkeit derart auszugestalten, dass sie den kantonalen Verhältnissen am besten gerecht würde[35]. Würde der Kanton auf den Erlass eines Verantwortlichkeitsgesetzes verzichten und damit seine Funktionäre haftungsrechtlich dem OR unterstellen - wurde in der Botschaft argumentiert[36] - so wäre er selbst und die übrigen öffentlichrechtlichen Körperschaften von jeglicher Haftung für pflichtwidrige Schädigungen der Funktionäre entbunden. Dieser Zustand widerspreche jedoch dem Rechtsempfinden, wurde betont.

Ausdruck dieses Rechtsempfindens sei die Beibehaltung der subsidiären Staatshaftung[37], obwohl nach theoretischen und "prozessualen Ueberlegungen" viel für die "primäre Staatshaftung[38] sprechen"[39] würde. Denn, so ist der Botschaft[40] wörtlich zu entnehmen:

> "Der Beamte selbst soll somit verantwortlich sein. Er soll sich nicht hinter dem anonmyen Staat verbergen können. Je mehr der Staat in das private Leben und die private Wirtschaft eingreifen muss, umsomehr ist er auf treue, pflichtbewusste Beamte angewiesen. Zudem geht das Prinzip der unmittelbaren Staatshaftung davon aus, dass Staat und Bürger einander gewissermassen als gegensätzliche Gewalten gegenüber stehen. Auch diese Einstellung ist ungesund. Der Staat ist kein Organismus aus Selbstzweck, er verkörpert in sich die Gesamtheit der Bürger, denen er zu dienen hat. Aus diesem Grund steht nicht der Staat dem einzelnen Bürger gegenüber, sondern lediglich das einzelne Staatsorgan. Es rechtfertigt sich deshalb, diese Organe selbst für allen Schaden, den sie schuldhafterweise verursachen, haften zu lassen."

---

35 BOTSCHAFT VG/GR 7, 29.
36 BOTSCHAFT VG/GR 7f..
37 Vgl. BOTSCHAFT VG/GR 19.
38 Der Bedeutung nach entspricht die in der BOTSCHAFT VG/GR 18 erwähnte "primäre Staatshaftung" dem in dieser Arbeit verwendeten Ausdruck "ausschliessliche Staatshaftung", vgl. vorn § 6 II. 1.2.
39 BOTSCHAFT VG/GR 18.
40 BOTSCHAFT VG/GR 18f..

Was die Ausgestaltung der Beamtenhaftung anbelangt, bemerkte die Regierung in der Botschaft [41], dass die Privilegierung der kantonalen Beamten, d.h. die Beschränkung ihrer Verantwortlichkeit für Schäden aus Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, abzulehnen sei. Das Revisionsziel bestehe darin, die Amtswalter haftungsrechtlich mit allen übrigen Personen gleichzustellen, sie also auch für Schäden aus leichter Fahrlässigkeit haften zu lassen. Die Sonderstellung des Beamten lasse sich mit einer zeitgemässen Auffassung über die Pflichten, Aufgaben und Befugnisse, welche mit der Beamtenstellung verbunden seien, nicht mehr rechtfertigen. Die Ausdehnung der Haftung auf leichte Fahrlässigkeit bedeute zwar eine "Verschärfung der Amtspflichtbestimmungen" [42], die nicht leicht zu nehmen sei. Das gelte namentlich für die Funktionäre der Kreise und Gemeinden, die ihre Amtsbefugnisse sehr häufig ehrenamtlich ausübten. Es sei jedoch nicht angängig, für diese Kategorie von Beamten eine Sonderregelung vorzusehen und sie lediglich für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haften zu lassen. Diese Doppelspurigkeit empfehle sich nicht und sei praktisch kaum durchführbar. Zudem sei es ein staatspolitisches Ziel, nicht nur die Beamten des Kantons, sondern auch die Funktionäre der Selbstverwaltungskörper zu einem erhöhten Verantwortungsgefühl und zu vermehrter Gewissenhaftigkeit bei der Erfüllung der Amtspflichten anzuhalten.

In einem N a c h t r a g [43] bekräftigte die Regierung, oberstes Revisionsziel sei, die Haftung der öffentlichen Funktionäre zu verschärfen. Der Kleine Rat meldete jedoch in diesem "Ukas"

---

41 BOTSCHAFT VG/GR 8ff..
42 BOTSCHAFT VG/GR 10.
43 Enthalten in der BOTSCHAFT VG/GR 28ff..

entgegen den in der Botschaft gemachten Erwägungen plötzlich Bedenken an, die Haftung für leichte Fahrlässigkeit auch auf die Funktionäre der Körperschaften, Kreise und Gemeinden auszudehnen. Es bestehe die Gefahr, dass sich infolge der schärferen Haftung gerade pflichtbewusste Gemeinde- und Kreisbewohner den Gemeinwesen nicht mehr zur Verfügung stellen würden. Sie könnten möglicherweise befürchten, schon wegen kleineren Nachlässigkeiten mit dem strengen Gesetz in Konflikt zu geraten. Möge diese Angst auch unbegründet und übertrieben sein, Tatsache bleibe, dass eine solche Einstellung verbreitet sei. Sie könne deshalb nicht ohne weiteres übergangen werden. Neben diesen Bedenken enthielt der Nachtrag keine eigentlichen Vorschläge. Es scheint, dass die Angst vor dem eigenen "Mut" die Regierung zu dieser Kehrtwendung veranlasste. Dazu bemerkte ein Mitglied des Grossen Rates anlässlich der Beratung dieser Vorlage im Kantonsparlament treffend[44]: "In der vorliegenden Botschaft vermisse er eine gewisse Konsequenz, denn alles, was in der Begründung dargelegt worden sei, werde eigentlichen im Nachtrag S. 28ff. wieder über Bord geworfen."

IV. DIE BEHANDLUNG DER VORLAGE IM GROSSEN RAT [45]

Die Revision des Verantwortlichkeitsgesetzes beschäftigte den Grossen Rat erstmals in der Frühjahrssession im Jahre 1942. Am 27. Mai 1942 entschlossen sich die Abgeordneten mit 50 zu 11 Stimmen für Eintreten auf die Vorlage[46]. Anlässlich weiterer

---

44 GRP (1942) 137.
45 Vgl. GRP (1942) 135ff., 153ff.; GRP (1943) 257; GRP (1944) 320ff., 336ff., 361.
46 GRP (1942) 139.

Beratungen wurde darüber befunden [47], ob dem Vorschlag der vorberatenden Kommission - es sei bloss eine Teilrevision vorzunehmen - oder dem Vorschlag der Regierung - es sei eine Totalrevision des aVG durchzuführen - stattzugeben sei. Der Rat beauftragte die Kommission, den Entwurf im Hinblick auf eine Totalrevision nochmals durchzuberaten.

Die Revision des aVG stand erneut im Mai 1943 auf der Traktandenliste des Kantonsparlaments [48]. Der Rat verschob die Behandlung der Vorlage jedoch auf eine spätere Tagung.

Die Detailberatung der Vorlage erfolgte im Mai 1944 [49]. In erster Lesung gab der Rat dem Gesetz diejenige Fassung, welche heute positives Recht darstellt [50]. In zweiter Lesung verabschiedete der Grosse Rat den Gesetzesentwurf diskussionslos [51] zuhanden der Volksabstimmung [52]. In der Abstimmung vom 29. Oktober 1944 wurde das Gesetz vom Volk angenommen [53].

---

47 GRP (1942) 155.
48 GRP (1943) 257.
49 GRP (1944) 320ff., 336ff..
50 GRP (1944) 339.
51 GRP (1944) 361.
52 Vgl. Abschied des Grossen Rates von Graubünden über die Revision des kant. Verantwortlichkeitsgesetzes (vom 16.9.1944), in: Abschiede des Grossen Rates (1938-1956).
53 Das Gesetz wurde bei einer Stimmbeteiligung von rund 52% der Stimmberechtigten mit 11'619 gegen 5'199 Stimmen angenommen. - Vgl. die Erwahrung der Volksabstimmung betr. Revision des kant. Verantwortlichkeitsgesetzes, in: GRP (1944) 549f..

GRUNDZÜGE DES VERANTWORTLICHKEITSGESETZES (VOM 29. OKTOBER 1944)

I. RECHTSDOGMATISCHE MERKMALE DES VG GR

Das VG GR regelt neben der internen Beamtenhaftung nicht nur die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Kantons, der Bezirke, Kreise und Gemeinden, sondern auch diejenige "der übrigen öffentlichrechtlichen Körperschaften und selbständigen Anstalten" (VG GR 1 Abs. 1). Rechtsdogmatisch betrachtet, ist die Verantwortlichkeit der Gemeinwesen der primären Staatshaftungsform[1)] zuzuordnen: Die öffentliche Hand wird nur unter denjenigen Voraussetzungen haftbar, unter denen sie intern auf den fehlbaren Amtswalter zurückgreifen kann.

Das direkte Klagerecht des geschädigten Dritten gegen die fehlbaren Behörden und Beamten ist ausgeschlossen (VG GR 11). Der Staat haftet kraft Uebernahme der Eigenverantwortlichkeit des fehlbaren Amtswalters. Dabei ist zu unterscheiden zwischen der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des Kantons, der k a n t o n a l e n Anstalten und der Bezirke einerseits sowie derjenigen der Kreise, Gemeinden und ü b r i g e n s e l b s t ä n d i g e n öffentlichrechtlichen Körperschaften und Anstalten andererseits. Während erstere Gemeinwesen den Schaden ersetzen, den ihre Amtswalter in amtlicher Eigenschaft anlässlich der Erfüllung hoheitlicher Verrichtungen vorsätzlich oder fahrlässig anrichten (VG GR 8), müssen die an zweiter Stelle erwähnten Hoheitsträger lediglich den Schaden übernehmen, welchen ihre Bediensteten vorsätzlich oder grobfahrlässig verursachen

---

1 Dazu vorn § 6 II. 2.3.

(VG GR 9). Dementsprechend ist auch die interne Beamtenhaftung geregelt: Die Behörden und Beamten des Kantons, der kantonalen Anstalten und der Bezirke haften für schuldhafte Amtspflichtwidrigkeit mit Schadenausgang (VG GR 4). Die schadenstiftenden Funktionäre der Kreise, Gemeinden und der übrigen selbständigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten dagegen haften nur für vorsätzliches und grobfahrlässiges, rechtswidriges Verhalten (VG GR 5). Die Kreise, Gemeinden und die übrigen selbständigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften (und Anstalten[2]) können jedoch auf dem Wege der Gesetzgebung oder durch ihre Statuten die Verantwortlichkeit ihrer Funktionäre, d.h. die interne Beamtenhaftung (VG GR 5 Abs. 2) und diejenige der Hoheitsträger, d.h. die Staatshaftung (VG GR 9 Abs. 2) auf leichte Fahrlässigkeit ausdehnen.

Diese Regelungskompetenz kann in bezug auf das Prinzip der p r i m ä r e n Staatshaftung zu einem "Stilbruch" führen. Das ist dann der Fall, wenn die in VG GR 5 Abs. 2 und VG GR 9 Abs. 2 erwähnten Gemeinwesen von ihrer Gestaltungsfreiheit derart Gebrauch machen, dass sie intern eine Beamtenhaftung bloss für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit statuieren, extern dagegen eine Staatshaftung für jedes Verschulden vorsehen [3].

---

2 Hier ist auf einen der zahlreichen redaktionellen Mängel des Gesetzes hinzuweisen. Während für die Staatshaftung in VG GR 9 Abs. 2 die Anstalten durch das Pronomen "sie" (i.V.m. VG GR 9 Abs. 1) im Text erfasst sind, bleiben diese für die Beamtenhaftung in VG GR 5 Abs. 2 unerwähnt. Es sprechen jedoch keine Gründe dafür, die Anstalten in VG GR 5 Abs. 2 auszuklammern. Weder aus der BOTSCHAFT VG/GR noch aus dem Abschied des Grossen Rates von Graubünden über die Revision des kant. VG (vom 16.9.1944) oder aus den Beratungen des Gesetzes im Kantonsparlament (GRP) geht hervor, dass der Gesetzgeber dies absichtlich unterlassen hat.

3 Diese Art der Staatshaftung würde der verschuldensabhängigen-originären Staatshaftung entsprechen, vgl. vorn § 6 II. 2.4.2.

II. GRUNDSÄTZLICHE BEMERKUNGEN ZUM VG GR AUS RECHTSDOGMATISCHER SICHT

1. IM ALLGEMEINEN

Mit den nachstehenden Bemerkungen ist nicht beabsichtigt, die Arbeit des damaligen Gesetzgebers zu kritisieren. Jeder gesetzgeberische Erlass ist dem Gedankengut seiner Zeit verhaftet. Das Gebiet der Amtshaftung ist, wie die rechtshistorischen Betrachtungen gezeigt haben, in den jeweiligen geschichtlichen Epochen nicht nur von juristischem, sondern darüber hinaus von allgemeinem staats- und rechtspolitischem Interesse. Diese Tatsache prägt die jeweilige positivrechtliche Ausgestaltung der Amtshaftung massgebend.

In Würdigung vermeintlich staatspolitischer Interessen hat sich der bündnerische Gesetzgeber entschlossen, auf zwei Geleisen zu fahren. Er hat primär aus fiskalischen Erwägungen und in zweiter Linie aus Gründen der Rücksichtnahme auf die Schwierigkeiten bei der Aemterbestellung eine durch die Abstufung des Verschuldens bedingte Zweispurigkeit in Kauf genommen. Auch wenn man damals den Haftungsgrund der Staatshaftung noch nicht in der verletzten Rechtsstaatlichkeit erblickt hat, ist dieses Vorgehen aus praktischen wie rechtsprinzipiellen Ueberlegungen abzulehnen: Eine solche Regelung widerspricht dem Grundsatz der Rechtsgleichheit.

Wie im Nachtrag zur BOTSCHAFT VG/GR[4)] zum Ausdruck kommt, befürchtete man, dass eine Regelung, bei der alle staatlichen Funktionäre einheitlich für jedes Verschulden vermögensrechtlich verantwortlich sind, zu Engpässen bei der Rekrutierung der kommunalen Amtswalter führen könnte.

---

4 BOTSCHAFT VG/GR 28ff..

Solche Bedenken sind zweifellos nicht aus der Luft gegriffen [5]. In Verbindung mit der Ausgestaltung der Amtshaftung können sie jedoch nur dann stichhaltig sein, wenn aus fiskalischen Ueberlegungen [6] der Staatshaftung lediglich die Funktion zukommt, ein der Wirkung der Schuldübernahme ähnliches Institut zu sein. Ausdruck dessen ist, dass das Gemeinwesen gegenüber dem geschädigten Dritten eben nur unter denjenigen Anspruchsvoraussetzungen ersatzpflichtig wird, unter denen es sich intern am fehlbaren Beamten schadlos halten kann [7]. Für die weiteren dogmatischen Merkmale einer derart konzipierten vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des Staates, die in dieser Arbeit als primäre Staatshaftung bezeichnet wird, verweise ich auf die Ausführungen im Allgemeinen Teil [8].

Ein Wort ist noch zu den dem VG GR innewohnenden Aspekt der rechtsungleichen Behandlung gleichartiger Geschehnisabläufe zu verlieren:

Die rechtsungleiche Behandlung betrifft sowohl den Kreis der dem VG GR unterstellten staatlichen Funktionäre, wie auch denjenigen der Anspruchsberechtigten. Während der Geschädigte, der durch einen Amtswalter des Kantons, der kantonalen Anstalten und Bezirke (VG 8) in seinen Rechten verletzt wird,

---

5 Vor allem wenn man an den im Kt. GR z.T. eingeführten Amtszwang denkt, vgl. GG 20. - Grundlegend zum Amtszwang im Kt. GR: R.CADUFF (durchgehend); ferner R.RASCHEIN 99ff.; aus der Judikatur: RP, Bd. VI (1931-1950), Nr. 5353-5369; RP, Bd. VII (1951-1960), Nr. 5969-5974; RP, Bd. VIII (1961-1970), Nr. 6519-6522; PVG (1969) Nr. 2; PVG (1970) Nr. 2f..

6 So sinngemäss BOTSCHAFT VG/GR 15.

7 In diesem Zusammenhang ist VG GR 16 zu erwähnen. Danach kann der Richter die Ersatzleistung des fehlbaren Amtswalters aus Gründen der Billigkeit mässigen, wenn der Haftbare durch den Ersatz des gesamten Schadens in eine Notlage geraten würde. - Als Ausnahmebestimmung ändert dieser Artikel grundsätzlich jedoch nichts am Prinzip der primären Staatshaftung.

8 Vorn § 6 II. 2.3.

das Gemeinwesen für jedes Verschulden belangen kann, steht dem durch einen Funktionär der Kreise, Gemeinden und übrigen selbständigen öffentlichrechtlichen Körperschaften und Anstalten in seinem Vermögen beeinträchtigten Bürger von Gesetzes wegen eine Klagemöglichkeit nur bei vorsätzlich und grobfahrlässigem Fehlverhalten zu (VG GR 9 Abs. 1). Entsprechend ausgeformt ist die Regelung der internen Beamtenhaftung VG/GR 4 bzw. 5 Abs. 1. Es sind keine stichhaltigen Gründe ersichtlich - es sei denn, man erachte solche fiskalischer Natur für stichhaltig -, welche bei der Ausgestaltung der Staatshaftung dafür gesprochen hätten, innerhalb des Geltungsbereiches des VG GR Gleiches (Beamte bzw. deren Anstellungskörperschaften/Geschädigte) ungleich zu behandeln. Das Gebot der Rechtsgleichheit ist ein Grundprinzip der Rechtsverwirklichung, das auch für die Rechtssetzung gilt. Dieser Gesichtspunkt hätte den kantonalen Gesetzgeber eigentlich dazu veranlassen müssen, seine fiskalisch motivierten Vorbehalte mindestens der originären-verschuldensabhängigen Staatshaftungsform [9] gegenüber aufzugeben.

2. IM BESONDEREN

2.1 Zur Haftung des Kantons, der kantonalen selbständigen Anstalten sowie der Bezirke (VG GR 8)

Die Ausgestaltung der bündnerischen Staatshaftung in Form der primären Verantwortlichkeit des Gemeinwesens ist mit fiskalischen Erwägungen zu erklären. Es soll verhindert werden, dass dem Gemeinwesen aus der Staatshaftung Kosten erwachsen, welche es nicht auf den fehlbaren Amtswalter abwälzen kann. Dieser Grundsatz gilt von Gesetzes wegen

---

9 Vorn § 6 II. 2.4.2.

(= VG GR) abschliessend für den Kanton, die Bezirke und die selbständigen Anstalten des kantonalen Rechts [10]. Für die übrigen öffentlichrechtlichen Körperschaften und selbständigen kantonalen Anstalten gelten diese Prinzipien nur insofern, als diese innerhalb des gesetzlich eingeräumten Gestaltungsspielraums[11] keine andere Regelung vorsehen (VG GR 9).

2.2 Zur Haftung der Kreise, Gemeinden und übrigen selbständigen öffentlichrechtlichen Körperschaften und Anstalten (VG GR 9)

Die Kreise, Gemeinden und übrigen (kommunalen) öffentlichrechtlichen Körperschaften und selbständigen Anstalten haben gemäss VG GR 9 Abs. 2 die Möglichkeit, eine Haftungsordnung einzuführen, wonach sich die Anspruchsvoraussetzungen der Staatshaftung und diejenige der Beamtenhaftung nicht decken. Diese Konzeption liegt dann vor, wenn sich eines der in VG GR 9 erwähnten Gemeinwesen entschliesst, für jedes schuldhafte (rechtswidrige) Schadenereignis einzustehen, intern aber nur bei Vorsatz

---

10 Dass die Einführung der originären-verschuldensunabhängigen Staatshaftung die Staatskasse im Vergleich zu den verschuldensabhängigen Haftungsformen nicht merklich mehr belastet, beweist die Untersuchung von M.REHBINDER, Gutachten 27ff.. - Ich habe versucht, tabellarisch die kantonalen Staatshaftungsfälle der letzten Jahre zusammenzustellen, um den Kostenbetrag zu ermitteln, der dem Kanton daraus erwachsen ist. Eine bei den Departementen der kantonalen Verwaltung gemachte Umfrage hat ergeben, dass den Departementssekretären keine oder keine nennenswerten Schadenfälle bekannt sind, welche eine solche Zusammenstellung ermöglichen würden.

11 Ausserhalb dieses Gestaltungsspielraums würde z.B. die Einführung der originären-verschuldensunabhängigen Staatshaftung stehen. Deshalb scheint mir Art. 6 der Gemeindeverfassung von Mastrils (vom 6.7.1958): "Die Behörden und Beamten der Gemeinde sind für den Schaden haftbar, den sie in Ausübung ihrer Amtstätigkeit der Gemeinde oder Dritten verursachen" mit VG GR nicht vereinbar. Ungenau auch die Regelung gemäss Art. 9 der costituzione del Comune di Brusio (vom 11.11.1951): "Tutti gli organi e funzionari comunali sono responsabili dalla loro gestione."

und grober Fahrlässigkeit auf den schädigenden Beamten zurückzugreifen. Eine solche Regelung würde der originären-verschuldensabhängigen Staatshaftung [12] entsprechen. Danach könnte der Fall eintreten, dass das Gemeinwesen ausschliesslich und allein die Schadenkosten zu tragen hätte. Dieser Tatbestand läge vor, wenn den fehlbaren Amtswalter bei der Verletzung von Rechten Dritter nur ein leichtes Verschulden treffen würde.

Soweit ich abklären konnte [13], hat sich keines der fraglichen Gemeinwesen, zumindest was die Kreise [14] und Gemeinden anbelangt, dazu bereit gefunden, die originäre-verschuldensunabhängige Staatshaftung einzuführen. Diese Hoheitsträger haben sich demnach die gleichen fiskalischen Ueberlegungen zu eigen gemacht, welche die Schöpfer des VG GR veranlassten, die primäre Staatshaftung zu normieren.

Dem gleichen Denkschema verhaftet sind diejenigen Gemeinden, welche die Staatshaftung zwar auf Schädigungen für jedes Verschulden ausgebaut, gleichzeitig aber auch die Beamtenhaftung im selben Umfang ausgedehnt haben, so dass

---

12 Vorn § 6 II. 2.4.2.

13 Eine vollständige Sammlung der geltenden bündnerischen Kreis- und Gemeindeverfassungen besitzt das Departement des Innern (Regierungsgebäude). Ferner haben auch die Kantonsbibliothek und das kantonale Verwaltungsgericht eine Zusammenstellung dieser Erlasse, doch sind deren Sammlungen lückenhaft und teilweise nicht auf dem neuesten Stand. Vgl. auch die Zusammenstellung kommunaler Erlasse bei K.LANGHARD S. XVIIIff..

14 Vgl. z.B.: Art. 17 der Verfassung des Kreises Bergün (vom 1.2.1953): "Die Pflichten und Befugnisse richten sich nach den einschlägigen Gesetzen und Verordnungen des Bundes und der Kantone."

sich die Anspruchsvoraussetzungen der Staats- und Beamtenhaftung von neuem wieder decken [15].

Theoretisch wäre denkbar, dass die fraglichen Gemeinwesen aufgrund der Gestaltungsfreiheit gemäss VG GR 9 Abs. 2 von ihrer autonomen Regelungsbefugnis in der Form Gebrauch machen, dass die Staatshaftung nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit eingreift, der Beamte dagegen für jedes Verschulden vermögensrechtlich verantwortlich wird. Erklären liesse sich eine solche Regelung damit, dass das Gemeinwesen, wird es durch den fehlbaren Amtswalter direkt geschädigt [16], darauf besteht, für jede schuldhafte Pflichtwidrigkeit Schadenersatz verlangen zu können und nicht nur wie gemäss VG GR 5 Abs. 1 bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit. Soweit ich feststellen konnte, ist eine solche Haftungsordnung in der Praxis nirgends verwirklicht.

Der Vollständigkeit wegen sei nochmals wiederholt [17], dass die Einführung der originären-verschuldensunabhängigen

---

15 In diesem Sinne haben z.B. die folgenden Gemeinden von ihrer Regelungshoheit Gebrauch gemacht: Chur (Gesetz über die Verantwortlichkeit der städtischen Behörden und Beamten und über die Haftung der Stadt Chur gegenüber Dritten, vom 6.7.1952; Art. 1 und 2); Igis (Verfassung der Gemeinde Igis vom 25.10.1953, Art. 7); Vaz/Obervaz (Verfassung der Gemeinde Vaz/Obervaz vom 19.3.1958, Art. 10). - Wie in Erfahrung gebracht werden konnte, werden z.Zt. verschiedene Gemeindereglemente, - statuten oder -verfassungen revidiert.

16 Die (interne) Beamtenhaftung befasst sich sowohl mit direkten wie indirekten Schädigungen, vgl. § 6 I. 2..

17 Vgl. auch vorn § 21 II. 2.1 bei FN 11.

Staatshaftung mit der Gesetzgebungsautonomie gemäss VG GR 9 Abs. 2 nicht vereinbar ist[18/19].

III. VERGLEICH ZWISCHEN DEM aVG UND DEM VG GR

Stellt man zwischen der Ausgestaltung der Amtshaftung gemäss aVG und der Regelung der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit von Staat und Beamten aufgrund VG GR Vergleiche an, wird offenkundig, dass die geltende Haftungsordnung (=VG GR) gegenüber dem aVG, materiell gesehen, keine wesentlichen Neuerungen aufweist. Unterschiede ergeben sich hinsichtlich der Art der Staatshaftung, indem das aVG die subsidiäre, das VG GR die primäre Verantwortlichkeit des Gemeinwesens vorsieht. Hierbei handelt es sich jedoch lediglich um eine verfahrensrechtliche Aenderung. Im Bereich der (internen) Beamtenhaftung wurde im VG GR die Bestimmung von aVG 9 Abs. 2 ("Décharge-Bestimmung"[20]) [21], welche den Anstoss zur Revision des aVG gab, nicht mehr aufgenommen. Bedeutsam ist praktisch einzig die Tatsache, dass aufgrund des VG GR der Kanton, die Bezirke und kantonalen Anstalten für jedes Verschulden seiner bzw. ihrer Funktionäre haften und nicht nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit wie im aVG.

---

18 Auch über den Wirkungskreis (weder den "eigenen" noch den "übertragenen") der Gemeindeautonomie liesse sich die Einführung der verschuldensunabhängigen Staatshaftung in den Gemeinden nicht begründen, vgl. GG 2ff., 96.

19 Die weiteren Ausführungen beschränken sich auf die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit der kantonalen Hoheitsträger. Ausser Betracht fallen die Staats- und Beamtenhaftung kommunaler Korporationen und selbständiger Anstalten.

20 Vorn § 20 II. 2. a.E..

21 Vgl. BOTSCHAFT VG/GR 23ff.: "Wir halten diesen Art. 9 Abs. 2 in mehr als einer Hinsicht für einen gesetzgeberischen Missgriff, ..." (S. 23).

IV. REDAKTIONELLE MÄNGEL DES VG GR

Hatten die vorstehenden Bemerkungen mehr feststellenden Charakter, so ist hier auf Mängel bei der Redaktion des VG GR hinzuweisen. Zu erwähnen sind etwa folgende Unebenheiten:

Verwirrlich ist die Terminologie des VG GR bezüglich des Widerrechtlichkeitsbegriffes, weil dafür zahlreiche, verschiedene Umschreibungen verwendet werden. So spricht das Gesetz von:

- "..., die ihnen gemäss Verfassung und Gesetz sowie durch sonstige Vorschriften oder Weisungen auferlegten Pflichten ..." (VG GR 1 Abs. 1)

- "... Verletzung ihrer Amtspflichten ..." (VG GR 1 Abs. 2)

- "... in Ausübung ihres Dienstes widerrechtlich, sei es absichtlich, sei es fahrlässig ..." (VG GR 8)

- "... in Ausübung ihres Dienstes absichtlich oder grobfahrlässig ..." (VG GR 9 Abs. 1)

- "... der schädigenden Amtspflichtverletzung ..." (VG GR 13 Abs. 1)

- "... bildet eine Amtspflichtverletzung den Gegenstand ..." (VG GR 20 Abs. 3)

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass in VG GR 5 Abs. 2 die "selbständigen Anstalten" nicht erwähnt werden, obwohl das sinngemäss der Fall sein sollte. Diese Feststellung ergibt sich aus VG GR 5 Abs. 1 i.V.m. VG GR 9 Abs. 1 und Abs. 2. Dasselbe gilt für VG GR 5 Abs. 3 (bzgl. des Rückgriffs auf Beiträge an eine Versicherungskasse), für VG GR 10 (bzgl. Genugtuungsleistungen) und für

VG GR 12 (bzgl. des Rückgriffs). In keinem der erwähnten Artikel werden die "selbständigen Anstalten" aufgeführt.

Weder aus den Verhandlungen des Grossen Rates noch aus der Botschaft betreffend die Revision des bündnerischen Verantwortlichkeitsgesetzes geht hervor, dass die "selbständigen Anstalten" im Gesetzestext jeweils bewusst weggelassen wurden.

ZWEITER ABSCHNITT:

DIE AUSGESTALTUNG DER HAFTUNG NACH DEM BÜNDNERISCHEN VERANTWORTLICHKEITSGESETZ VOM 29. OKTOBER 1944 (VG GR)[1)]

1. UNTERABSCHNITT:

DER GELTUNGSBEREICH DES BÜNDNERISCHEN VERANTWORTLICHKEITSGESETZES

VORBEMERKUNGEN

Die Frage, ob das Verantwortlichkeitsgesetz für einen bestimmten Schadentatbestand gilt, kann sich in dreierlei Hinsicht stellen: nämlich in zeitlicher (§ 22), persönlicher (§ 23) und sachlicher (§ 24-26).

---

1 Vgl. den Wortlaut des VG GR hinten im Anhang I.

DER ZEITLICHE GELTUNGSBEREICH DES BÜNDNERISCHEN VERANTWORTLICHKEITSGESETZES

Der Grundsatz[2)] lautet: Jedes möglicherweise ersatzpflichtige Verhalten ist nach dem Gesetz zu beurteilen, welches zu der Zeit gilt, in der die schädigende hoheitliche Verrichtung verübt wird.

Das geltende bündnerische Verantwortlichkeitsgesetz trat mit Annahme in der Volksabstimmung vom 29. Oktober 1944 in Kraft (VG GR 24) und stellt seither positives, öffentliches Recht dar [3)].

---

2 Vgl. zum zeitlichen Geltungsbereich von Erlassen: IMBODEN/RHINOW I Nr. 15.
3 BR 170.050.

DER PERSÖNLICHE GELTUNGSBEREICH DES BÜNDNERISCHEN VERANTWORTLICHKEITSGESETZES (VG GR 2)

Das bündnerische Verantwortlichkeitsgesetz ist auf alle Beamten anwendbar, "die auf Grund eines öffentlich-rechtlichen Aktes zur Ausübung amtlicher Funktionen berufen sind" (VG GR 2). Beizufügen ist, dass das VG GR nur für diejenigen Beamten im Sinne des Gesetzes gilt, welche in amtlicher Eigenschaft anlässlich der Erfüllung hoheitlicher [1] Aufgaben rechtswidrig Schaden anrichten [2].

Besonders erwähnt werden im VG GR die "Behördemitglieder" (z.B. VG GR 14, 16).

I. TERMINOLOGISCHES

Jede Dienststelle, jedes Amt und jede Behörde der Staatsverwaltung ist ein Teil des Gesamtorganismus "Staat". Das Gemeinwesen benötigt zur Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben physische Personen: Beamte, Angestellte; allgemeiner: staatliche Funktionäre [3].

---

1 Zum Begriff "hoheitlich" vorn § 7 V. 4.1.2; § 11 - 14.
2 OR 61 Abs. 1, vgl. dazu vorn § 13 I. 2..
3 Siehe vorn § 8 II. 1. a.E..

1. DIE DIENSTSTELLE

Eine Dienststelle bildet die kleinste abgrenzbare Verwaltungseinheit, welcher ein örtlich und sachlich bestimmtes Aufgabengebiet zugeteilt ist [4].

2. DAS AMT

Der Begriff "Amt" ist ebenfalls eine Bezeichnung für Institutionen mit bestimmtem Wirkungskreis, welche vom Staat errichtet und in dessen Auftrag tätig sind [5].

3. DIE BEHÖRDE

Als Behörde bezeichnet man herkömmlich eine organisatorische Einheit der Staatsverwaltung, "die selbständig nach aussen gegenüber dem Bürger durch Setzung von Verwaltungsakten, durch Erbringung von Leistungen oder durch andere Massnahmen der öffentlichen Verwaltung tätig werden kann" [6].

II. DER BEGRIFF DER BEHÖRDE AUFGRUND DES VG GR

Auch das VG GR spricht von "Behörden" [7]. Aus der jeweiligen Verwendung und Stellung des Begriffes geht hervor, dass das Gesetz den Ausdruck "Behörde" nicht im organisatorischen, sondern im dienstrechtlichen Sinne verwendet. Der Terminus "Behörde" hat gemäss VG GR demnach die Bedeutung von "Behördemitglied" [8].

---

4 HÖD Sp. 618.
5 HÖD Sp. 35. - H.R.SCHWARZENBACH, Verwaltungsrecht 199, spricht sinngemäss von "Amt im objektiven Sinn".
6 HÖD Sp. 618. - Vgl. zum Behördenbegriff auch Th.FLEINER, Grundzüge 406.
7 Vgl. z.B.: VG GR 1 Abs. 1; VG GR 4; VG GR 5 Abs. 1; VG GR 8.
8 So VG GR 6; VG GR 14; VG GR 16; VG GR 18 Abs. 1; VG GR 19; VG GR 20 Abs. 2.

III. DER BEGRIFF DES BEAMTEN AUFGRUND DES VG GR [9]

Beamter ist gemäss VG GR 2, wer aufgrund eines öffentlichrechtlichen Aktes zur Ausübung amtlicher Funktionen berufen ist. Damit kennt das VG GR den staatsrechtlichen Beamtenbegriff [10]. Für diese Interpretation spricht auch das Votum des Kommissionsreferenten anlässlich der Beratung des VG GR im Grossen Rat [11] sowie die in der BOTSCHAFT VG GR [12] dazu enthaltenen Bemerkungen.

Trotz dem Wortlaut des Gesetzes gilt m.E. auch für das VG GR der funktionelle Beamtenbegriff [13]. Dafür spricht die Umschreibung der Begriffe "Beamter", "Angestellter" und "andere Funktionäre" in der Personalverordnung [14] und in deren Ausführungsbestimmungen [15]. Auch der BOTSCHAFT VG GR [16] lassen sich Aeusserungen entnehmen, welche diese Ansicht untermauern [17].

---

9 Grundlegend J.P.SONDER. Die Darlegungen des Autors sind heute jedoch z. T. veraltet.

10 Vorn § 8 II. 2..

11 GRP (1944) 324 (betr. VG GR 2): "Dr. S e i l e r erklärt diesen Artikel, mit dem man absichtlich nur jene Personen erfassen wolle, die in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zum Kanton, Kreis usw. stünden." "Wer in einem privatrechtlichen Verhältnis zum Kanton stehe, solle unter die zivilrechtliche Ordnung fallen". Vgl. auch PKG (1957) Nr. 11, S. 47.

12 BOTSCHAFT VG/GR 21: "Wesentliches Merkmal für den Begriff des Beamten ist in erster Linie das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis".

13 Vorn § 8 II. 1..

14 VO über das Dienstverhältnis der Funktionäre des Kts. GR (vom 29.11.1951) Art. 2f.; BR 170.400.

15 Ausführungsbestimmungen zur VO über das Dienstverhältnis der Funktionäre des Kts. GR (vom 28.2.1956) Art. 3f.; BR 170.410.

16 Vgl. BOTSCHAFT VG/GR 21: "Sobald der Bürger im Dienste des Gemeinwesens amtliche Funktionen auszuüben berufen ist, gilt er in Erfüllung dieser Pflichten als Beamter." ... "Entscheidend ist immer, ob das betr. Organ im konkreten Fall in Ausübung einer öffentlichen Funktion aufgetreten ist oder nicht".

17 Vgl. auch RP Bd. VII (1951-1960) Nr. 5975 S. 59: "Entscheidend ist nicht die Art, wie das Dienstverhältnis begründet wird, sondern ob der Amtsträger einer dienstlichen Befehlsgewalt untersteht oder nicht".

Demnach fallen in den Geltungsbereich des VG GR auch rechtswidrige Schädigungen, welche beispielsweise durch kantonale Lehrkräfte [18] oder Notariatspersonen [19] angerichtet werden [20].

Nicht dem VG GR unterstellt sind die Mitglieder des Grossen Rates. Sie sind für ihre im Rate oder in dessen Kommissionen abgegebenen Voten und ihre Stimmabgabe nicht verantwortlich (VG GR 3) [21]. Obwohl die Abgeordneten parlamentarische Immunität

---

18 A.M. ist P.SONDER, Die Haftung des Lehrers aus Verletzung der Aufsichtspflicht, in: Bündner Lehrerverein Jahresbericht 1931, 49. Jg., S. 1ff.. Der Autor beurteilt die Haftung des Lehrers gemäss ZGB 333. Er argumentiert, die Eltern würden einen Teil der "patria potestas" an den Lehrer delegieren, womit der Magister an ihre Stelle trete (S. 8, 14). - Vgl. jedoch VPB 40 (1976) Nr. 34, wo bzgl. der Haftpflicht für den Schaden, den minderjährige Insassen von Erziehungsanstalten verursachen, festgehalten wird, dass eine Anwendung der zivilrechtlichen Familienhaftpflicht dort ausser Betracht falle, wo das Verhältnis zwischen der Anstalt und dem Unmündigen durch das öffentliche Recht geregelt sei. In d. S. auch: PKG (1957) Nr. 11, S. 47; PKG (1967) Nr. 1, S. 20.

19 Vgl. Art. 49 der NotariatsVO (vom 25.11.1958), BR 210.350 sowie Art. 5 der Ausführungsbestimmungen zur NotariatsVO (vom 3.4.1959), BR 210.360.

20 Unterschiedlich beantwortet die Doktrin die Frage, ob die Geistlichen von staatlich anerkannten Religionsgemeinschaften (= Landeskirchen) dem Beamtenrecht unterstellt sind. Kommt ihnen diese Eigenschaft zu, dann sind sie haftungsrechtlich auch dem VG GR unterstellt. Die Geistlichen als öffentliche Beamte beurteilen z.B.: U.A.CAVELTI 203; sinngemäss wohl auch VG ZH 2 i.V.m. VG ZH 6 (vgl. dazu H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 119 Anm. 3); BOTSCHAFT TG 13; PKG (1963) Nr. 21 (als Beamter i.S. v. StGB 110 Ziff. 4). Gegenteiliger Ansicht sind: U.J.CAVELTI 101 (freilich mit Vorbehalten S. 103ff.); A.STILLHART 171.

21 Der Kt. GR haftet daher nicht für allfällige rechtswidrige schädigende Akte des Kantonsrates als Teilorgan der materiellen Gesetzgebung und der materiellen Verwaltung. - Vgl. zur Haftung für legislatives Unrecht vorn § 10 I..

geniessen, haben sie sich bei aller Freiheit der Diskussion ehrverletzender Ausdrücke zu enthalten [22].

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Mitglieder der Regierung für ihre im Parlament gemachten Aeusserungen verantwortlich werden oder nicht. Sie sind nicht Mitglieder des Grossen Rates [23] und geniessen gemäss dem Wortlaut des VG GR 3 keine parlamentarische Immunität. Ob diese Folgerung nicht der ratio legis des Artikels widerspricht, ist zumindest fraglich. Weder die BOTSCHAFT VG/GR noch das Grossratsprotokoll [24] enthalten dazu irgendwelche Hinweise.

Nicht dem Gesetz unterstellt sind ferner die Stimmberechtigten in ihrer Gesamtheit als Teilorgan der Legislative wie auch jeder Stimmberechtigte als Teilorgan der Gesetzgebung.

---

22 Vgl. Art. 29 der Geschäftsordnung des Grossen Rates (vom 29.5.1956), BR 170.140. - Eine Bestimmung, wonach ein Mitglied des Grossen Rates wegen einer im Schosse des Kantonsrates gemachten Aeusserung zivilrechtlich belangt werden kann, vorausgesetzt der Grosse Rat erteile dazu die Ermächtigung, besteht im kantonalen Recht nicht. Ein solches Verfolgungsprivileg kennt z.B. der Kt. ZH, vgl. § 10 des Gesetzes über die Organisation und Geschäftsordnung des Kantonsrates (vom 26.9.1971), AS ZH 44 (1971-1973) S. 294.

23 Was sich aus KV GR 13 i.V.m. KV GR 14 Abs. 3; aus dem Art. 1 des Gesetzes über die Vertretung der Kreise im Grossen Rat des Kts. GR (vom 4.6. 1972), BR 170.110; aus den Art. 1, 12, 57 der Geschäftsordnung des Grossen Rates (vom 29.5.1956), BR 170.140; sowie aus der VO über die Entschädigung der Mitglieder des Grossen Rates (vom 31.5.1972), BR 170.180, ergibt.

24 GRP (1944) 324: "Art. 3: Keine Diskussion".

DER SACHLICHE GELTUNGSBEREICH DES BÜNDNERISCHEN VERANTWORTLICHKEITSGESETZES

VORBEMERKUNGEN

Unter der Marginale "sachlicher Geltungsbereich" erwähnt das VG GR in Art. 1 Abs. 1 sowohl die Verantwortlichkeit des Kantons, der Bezirke, Kreise und Gemeinden als auch diejenige der übrigen öffentlichrechtlichen Körperschaften und selbständigen Anstalten.

Damit wird der Geltungsbereich der Staatshaftung umschrieben. Wie vorn[1] ausgeführt wurde, ist die Bestimmung des Haftunbsbereiches der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des Gemeinwesens ein Problem der Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht. Indem das VG GR bei der Umschreibung des sachlichen Geltungsbereiches auf die Organisationsform der Rechtsgestaltung (öffentlichrechtliche Anstalten, Körperschaften) abstellt, bekennt es sich zur rechtsförmlichen Abgrenzungsmethode [2/3].

Abstellen auf die Handlungsform der Rechtsgestaltung ist kein geeignetes Kriterium, um beurteilen zu können, ob ein Rechtssubjekt als Hoheitsträger oder als gleichgeordneter Partner auftritt. Es wird hier nicht näher auf das Problem eingegangen. Dazu kann auf die Ausführungen des Allgemeinen Teils [4] verwiesen werden.

---

1 Vorn § 11 I..
2 Vgl. vorn § 3 I. 4.1.
3 Dafür, dass das VG GR sich zur rechtsförmlichen Abgrenzungsmethode bekennt, spricht auch der Umstand, dass es keine Bestimmung analog zu Art. 19 des VG des Bundes (Verantwortlichkeit der mit Aufgaben des Bundes betrauten und ausserhalb der ordentlichen Bundesverwaltung tätigen Organisationen) kennt.
4 Vorn § 3 I. 4.1.

Nicht in den Geltungsbereich des VG GR fallen die s t r a f r e c h t l i c h e (VG GR 1 Abs. 3) und die d i s z i p l i n a r i s c h e (VG GR 1 Abs. 4) Verantwortlichkeit.

Soweit das VG GR keine Vorschriften aufstellt, finden subsidiär die Bestimmungen von OR 41ff. als kantonales öffentliches Recht Anwendung (VG GR 21) [5].

I. KANTON, BEZIRK, KREIS

Der Kanton Graubünden wird in politischer, gerichtlicher und administrativer Beziehung in Bezirke, Kreise und Gemeinden eingeteilt [6].

1. DER KANTON GRAUBÜNDEN

Unter dem Begriff "Kanton" ist der Kanton Graubünden als souveräner Stand der Schweizerischen Eidgenossenschaft zu verstehen [7]. Er bildet eine Gebietskörperschaft im Sinne einer öffentlichrechtlichen Personenverbindung, welche sämtliche Personen innerhalb der Kantonsgrenzen umfasst.

2. BEZIRK [8]

Der Kanton Graubünden ist territorial in 14 Bezirke eingeteilt. Sie sind ausschliesslich Zivilgerichtssprengel [9].

---

5 In diesem Fall gilt das Bundeszivilrecht als kantonales öffentliches Recht, vgl. vorn § 5 II. 2.1 bei FN 79.
6 KV GR 12; A.SILBERNAGEL 258.
7 KV GR 1; BV 1, 3, 5.
8 Vgl. Gesetz über Einteilung des Kts. GR in Bezirke und Kreise (vom 1.4. 1851), BR 110.200.
9 P.LIVER, Ueberblick 12; W.SEILER 35.

Die Bezirksgerichte[10] beurteilen erstinstanzlich zivilrechtliche Streitigkeiten[11]. Ein Bezirk besitzt keine Gesetzgebungsorgane. Er kann daher keine Gesetze oder Statuten erlassen[12/13].

3. KREIS[14]

Die 39 Kreise stellen rechtlich anerkannte Selbstverwaltungskörper im Sinne von Gebietskörperschaften dar[15]. Sie sind in erster Linie Gerichts-[16], Betreibungs- und Konkurs-[17] sowie Vormundschaftssprengel[18], dienen aber auch als Wahleinheit für die Bestellung des Grossen Rates[19]. Die Kreise erfüllen

---

10 Vgl. KV GR 49; Gesetz über die Organisation der Bezirksgerichte (vom 26. 6.1848/5.6.1872), BR 173.500; EGzZGB GR 1, 3, 9, 62, 82ff.; ZPO 2, 32ff., 78.

11 Vgl. A.GENGEL 37; J.H.SCHWARZ 276,285; R.E.TREPP 202.

12 Dieser Umstand führt dazu, dass die Verantwortlichkeit der Behörden und Beamten der Bezirke (z.B. Bezirksgerichtspräsident, Weibel, Kassier usw.) im VG GR abschliessend geregelt wird (VG GR 4). Da die Bezirke keine Gesetzgebungsorgane aufweisen, besitzen sie nicht die Möglichkeit, wie z.B. die Kreise und Gemeinden (VG GR 5 Abs. 2), die Haftung durch autonome Satzungen im Sinne des VG GR selbst zu gestalten.

13 Weil die Bezirke ausschliesslich Gerichtssprengel sind, kommt ihnen auch nicht die Eigenschaft von Selbstverwaltungskörpern zu. Selbstverwaltungskörper im staatsrechtlichen Sinn sind öffentlichrechtliche Korporationen, welche unter Aufsicht übergeordneter Gemeinwesen innerhalb eines bestimmten Bereiches selbständig staatliche Aufgaben regeln. Vgl. W.SEILER 35.

14 Vgl. Gesetz über Einteilung des Kts. GR in Bezirke und Kreise (vom 1.4. 1851), BR 110.200; KV GR 38f.. Ferner Literatur: A.GENGEL; A.LARDELLI 40ff.; C.POLTERA; L.SCHMID; A.SILBERNAGEL 258; R.E.TREPP 270ff..

15 Vgl. P.LIVER, Ueberblick 12; W.SEILER 35. - Innerstaatliche Selbstverwaltungskörper besitzen die vom Staat abgeleitete Befugnis, die ihnen durch die Rechtsordnung zugeteilten Angelegenheiten selbständig zu regeln, vgl. FLEINER/GIACOMETTI 44; Z.GIACOMETTI, Staatsrecht der Kantone 28f.; R.E. TREPP 105.

16 Vgl. KV GR 48; EGzZGB GR 2, 8; StPO GR 42, 47ff.; ZPO 2. - Die Kreisgerichte beurteilen in erster Instanz vorwiegend Strafsachen, vgl. A.GENGEL 37; R.E.TREPP 273.

17 KV GR 51.

18 Vgl. z.B.: EGzZGB GR 58 Abs. 4, 70.

19 KV GR 13 Abs. 2.

diejenigen Aufgaben, die ihnen durch Verfassung[20] oder Gesetz[21] übertragen werden. Als Selbstverwaltungskörper können sie in gewissen Angelegenheiten auch Recht setzen, z.B. Kreisverfassungen[22] erlassen.

II. GEMEINDE, GEMEINDEARTEN, GEMEINDEVERBÄNDE

1. GEMEINDE[23]

Die Gemeinden sind gesetzlich[24] anerkannte Gebietskörperschaften (Korporationen), welche über ein bestimmtes Gebiet Territorialhoheit ausüben. Sie besitzen Rechtssetzungskompetenzen[25] und sind zur sachgemässen Verwaltung ihrer Gemeindeangelegenheiten verpflichtet[26]. Innerhalb der Schranken

---

20 KV GR 38, 39.

21 Vgl. z.B.: Art. 2 der VO über die Ausrichtung von Kantonsbeiträgen an die Aufwendungen der Kreise für das Vormundschaftswesen und die Amtsvormundschaften (vom 18.12.1972), BR 215.200.

22 Vgl. z.B.: Verfassung des Kreises Domleschg (von 1949); Costituzione del circolo di Brusio (vom 11.5.1951); Verfassung des Kreises Bergün (vom 1. 2.1953); Verfassung des Kreises Churwalden (vom 5.5.1957); Verfassung des Kreises Trins (vom 8.4.1963); Statut des Kreises Davos (vom 21.6.1964); Verfassung des Kreises Belfort (vom 24.3.1968); Verfassung des Kreises Ilanz (von 1974); Costituziun cumün da Vischins Bravuogn (vom 15.3./20.4. 1976).

23 Vgl.: KV GR 35, 40; Gesetz über Einteilung des Kts. GR in Bezirke und Kreise (vom 1.4.1851), BR 110.200; Gesetz über die Feststellung der politischen Gemeinden (vom 22.6.1872), BR 175.000; GG. - Literatur: Josef DESAX, Die Bündner Gemeinde (Chur 1934); K.LANGHARD 5ff.; A.LARDELLI 46 ff.; Peter LIVER, Die Bündner Gemeinde, in: Bündner Monatsblatt (1947) S. 1ff.; ders., Gemeinderecht, in: ZBl 50 (1949) 40ff.; G.OLGIATI; R. RASCHEIN 15ff.; R.E.TREPP 122ff., 209ff..

24 KV GR 40 Abs. 1.

25 KV GR 40 Abs. 2, 8; R.RASCHEIN 43ff.; W.SEILER 36.

26 KV GR 40 Abs. 3.

der Gesetzgebung von Bund und Kanton [27] steht den Gemeinden das Recht auf selbständige Ordnung ihrer Angelegenheiten zu [28/29/30].

Der Kanton Graubünden ist in 219 [31] politische Gemeinden (Einwohnergemeinden) eingeteilt [32]. Sie stellen innerstaatliche Herrschaftsverbände dar [33].

Ist im folgenden schlicht von "Gemeinde" [34] die Rede, so ist damit jeweils die "politische Gemeinde (Einwohnergemeinde)" im Gegensatz zu anderen Gemeindearten oder Gemeindeverbindungen gemeint.

Bloss im Sinne einer Aufzählung - auf besondere Merkmale dieser Körperschaften wird nicht näher eingegangen - wird im folgenden auf Gemeindearten und Gemeindeverbindungen hinge-

---

27 KV GR 40; GG 2ff.. Eine Zusammenstellung mehrerer Spezialgesetze, die den Bereich des bündnerischen Gemeinderechts beschlagen, findet sich bei R.E. TREPP 211; vgl. ferner R.RASCHEIN 37ff..

28 Vgl. zur Gemeindeautonomie im allgemeinen: Th.FLEINER, Grundzüge 425ff. (übertragener - eigener Wirkungsbereich); IMBODEN/RHINOW I Nr. 12, 66 B XI; Chr. MERZ 91ff. (zum Rechtsschutz der Gemeindeautonomie). Judikatur: BGE 101 (1975) Ia 264f. E.2; BGE 101 (1975) Ia 518ff. E.4 (Gemeindeautonomie im Bereich der Rechtsanwendung); BGE 101 (1975) Ia 260f. E.2 (Gemeindeautonomie im Bereich der Rechtssetzung).

29 Zur Gemeindeautonomie im Kt. GR, Literatur: G.OLGIATI (durchgehend); R. RASCHEIN 41f.; R.E.TREPP v.a. 104ff., 134ff.. Judikatur: BGE 96 (1970) I 369ff.; PVG (1971) Nr. 19 E.4, S. 58ff..

30 Vgl. in diesem Zusammenhang VG GR 5 Abs. 2, 9 Abs. 2; GG 24.

31 Die Gemeinden Ilanz und Strada haben sich auf den 1.1.1978 zur Eingemeindung (zum Begriff: GG 87) entschlossen, vgl. BZ 101 Jg. (1977), Nr. 239 (vom 10.10.1977) S. 1.

32 Vgl. Gesetz über Einteilung des Kts. GR in Bezirke und Kreise (vom 1.4.1851), BR 110.200.

33 Chr.MERZ 49, 57.

34 Vgl. die Marginale von KV GR 40 i.V.m. KV GR 40 Abs. 1.

wiesen, die die juristische Persönlichkeit des kantonalen (öffentlichen) Rechts besitzen. Das VG GR erfasst diese Rechtsträger mit dem Begriff der "übrigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften" (VG GR 1 Abs. 1).

2. GEMEINDEARTEN

2.1 Die politische Gemeinde (Einwohnergemeinde)

Vgl. vorn [35] .

2.2 Die Bürgergemeinde [36]

Die Bürgergemeinde bildet eine Körperschaft des kantonalen öffentlichen Rechts [37]. Die Bürgergemeinde umfasst alle in einer bestimmten politischen Gemeinde wohnhaften Personen, die das Bürgerrecht der betreffenden Gemeinde besitzen [38]. Im Gegensatz zur politischen Gemeinde besitzt die Bürger- wie auch die Kirchgemeinde [39] keine Gebietshoheit. Das Merkmal der Territorialität der Bürgergemeinde erfüllt lediglich den Zweck, den ihr angehörenden Personenkreis sinnvoll abzugrenzen sowie ihren Wirkungskreis einzuschränken [40].

---

35 Vorn § 24. II. 1..
36 Vgl. KV GR 40 Abs. 9; Bürgerrechtsgesetz (vom 29.4.1956) Art. 16ff., BR 130.100; RP Bd. VI (1931-1950) Nr. 5378.
37 GG 77 Abs. 1. Vgl. ferner P.LIVER, Ueberblick 13; PVG (1972) Nr. 8f.. - Zum Unterschied zwischen Bürgergemeinde und Einwohnergemeinde: R.RASCHEIN 28ff.; R.E.TREPP 203ff..
38 GG 81 Abs. 1.
39 Nachstehend § 24 II. 2.3.
40 R.RASCHEIN 18.

2.3 Die Kirchgemeinde [41]

Die Kirchgemeinde umfasst alle Personen, welche sich zu einer bestimmten (staatlich anerkannten) Konfession bekennen und ihren Wohnsitz [42] innerhalb des territorialen Wirkungsbereiches der fraglichen Körperschaft haben [43]. Die Kirchgemeinden (=Landeskirchen) werden als öffentliche Religionsgenossenschaften anerkannt. Sie bilden juristische Personen des öffentlichen Rechts i.S.v. ZGB 59 Abs. 1 [44].

2.4 Oeffentlichrechtliche Organisationen innerhalb der Gemeinde [45]

2.4.1 Gemeindefraktionen [46]

Gemeindefraktionen sind innerhalb einer politischen Gemeinde [47] territorial abgegrenzte Verwaltungsbezirke. Sie besorgen die ihnen von der Einwohnergemeinde übertragenen oder überlassenen Verwaltungsaufgaben [48]. Bestimmt die Gemeindeverfassung nichts anderes, sind die Fraktionen Verwaltungsorganisa-

---

41 KV GR 11 Abs. 5 und 7. Literatur: U.C.CAVELTI 37f., 48, 77 (hinsichtlich Graubünden); U.LAMPERT; K.LANGHARD 8; Chr.MERZ 128ff.; H.B.NOSER; R.RASCHEIN 18, 33. Vgl. auch PKG (1945) Nr. 29.

42 Zum zivilrechtlichen Wohnsitz: ZGB 22ff..

43 Die Einwohner- und Kirchgemeinde brauchen sich, territorial gesehen, nicht zu decken. Die Kirchgemeinde kann sich über das gesamte Gemeindegebiet, nur Teile dessen oder über das Territorium mehrerer Gemeinden erstrecken, vgl. R.RASCHEIN 18 (mit Bspl.).

44 Vgl. KV GR 11 Abs. 2 und 4; H.B.NOSER 108; GVP, Bd. III (1935-1940) 58.

45 GG 63ff..

46 GG 70ff..

47 Vgl. z.B.: Art. 1 der Verfassung der Landschaft Davos (vom 30.3.1919), wo die Fraktionen der "Landschaft Davos", nämlich "Dorf", "Platz", "Frauenkirch", "Glaris" und "Monstein" erwähnt werden.

48 Vgl. R.Z.GANZONI 37ff.; K.LANGHARD 15ff.; R.RASCHEIN 33f.; R.E.TREPP 252ff..

tionen ohne eigene Rechtspersönlichkeit[49]. Juristische Personen des öffentlichen Rechts bilden sie nur, wenn sie öffentliche Zwecke selbständig verfolgen sowie über eigene Organe und eigenes Vermögen verfügen[50].

2.4.2 Gemeindekorporationen[51]

Gemeindekorporationen sind öffentlichrechtliche Genossenschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit. Sie werden zur zweckmässigen Verwaltung und Bewirtschaftung bestimmter Arten des Nutzungsvermögens der Gemeinde[52] errichtet.

Sowohl für die Gemeindefraktion wie für die Gemeindekorporation gilt: Die Regelung der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit entspricht, sofern keine abweichenden Bestimmungen vorliegen, derjenigen des Mutterverbandes (=Gemeinde).

3. GEMEINDEVERBÄNDE[53]

Gemeindeverbände sind öffentlichrechtliche Körperschaften[54] zum Zweck der interkommunalen Zusammenarbeit. Sie erlangen ihre Rechtspersönlichkeit mit Annahme der Statuten durch die

---

49 GG 71 Abs. 1.
50 GG 71 Abs. 2, 3, 4; GG 73; R.RASCHEIN 34; R.E.TREPP 255.
51 GG 63ff.; R.RASCHEIN 34.
52 Z.B.: Gemeindekorporation zur Bewirtschaftung einer Gemeindealp, welche die in der Gemeinde ansässigen Landwirte bestossen (vgl. PVG (1972) Nr. 93, S. 184f.). Ferner: Brunnen-, Elektrizitäts- und Wuhrgenossenschaften, vgl. GG 63 Abs. 2.
53 GG 50ff.; Literatur: R.RASCHEIN 35f.; R.E.TREPP 169ff., 182f..
54 GG 53. Daneben bestehen auch Gemeindeverbindungen ohne selbständige Organisation, d.h. ohne Rechtspersönlichkeit, vgl. GG 52.

Mitgliedergemeinden unter dem Vorbehalt deren Genehmigung durch die Regierung. Die Verbandsstatuten müssen u.a. Bestimmungen über die Vertretung des Verbandes nach aussen [55] und über die Haftung der Verbindlichkeiten des Verbandes [56] enthalten.

Die Zusammenarbeit mehrerer Gemeinden in Form von (Mehr-) Zweckverbänden [57], Regionalverbänden [58] oder durch Uebertragung von Aufgaben an den Kreis [59] kann auf verschiedenen Gebieten erfolgen, so z.B. im Bereich des Schulwesens [60], der Alters- und Krankenpflege [61] oder auf dem landwirtschaftlichen Sektor [62].

Neben öffentlichrechtlichen Gemeindeverbänden bestehen auch privatrechtlich organisierte Gemeindeverbindungen. Für sie

---

55 GG 54 Abs. 1 lit. d.
56 GG 54 Abs. 1 lit. i.
57 GG 51. - Vgl. auch Th.FLEINER, Grundzüge 429.
58 GG 51 Abs. 2; GG 59. Vgl. z.B.: den Regionalverband Heinzenberg-Domleschg. Näheres dazu bei R.E.TREPP 184ff., 351ff.; Gemeindeverband der Region Surselva. - Vgl. zum Problem der Regionalverbände auch Th.FLEINER, Grundzüge 429f..
59 GG 60; Bsple. dazu bei: R.E.TREPP, Tabelle 32 (S. 339), Nr. 3a, 3b, 6, 7, 8.
60 Vgl. z.B. Sekundarschulverband Ausserheinzenberg (zit. bei R.E.TREPP, Tabelle 32 (S. 339) Nr. 2). - In Form einer privatrechtlichen Gemeindeverbindung organisiert ist z.B. die Kreissekundarschule V Dörfer, vgl. dazu RP Bd. VII (1951-1960) Nr. 5997 S. 83f..
61 Vgl. z.B. Kreisspital Münstertal. Träger dieses Spitals ist der Gemeindeverband der 6 Gemeinden des Münstertals (Auskunft der Spitalverwaltung vom 13.6.1977).
62 Z.B.: Viehversicherungs-, Alp- und Wasserversorgungskorporationen (vgl. PKG (1972) Nr. 14) und dergl.. - Zur Abgrenzung zwischen öffentlichrechtlich und privatrechtlich (z.B. Viehzucht-, landwirtschaftliche Konsumgenossenschaften und private Alpkorporationen) organisierten Korporationen: PKG (1944) Nr. 9, S. 39; R.RASCHEIN 19; R.E.TREPP 181.

gelten die Bestimmungen über das entsprechende zivilrechtliche Verhältnis[63].

III. DIE "ÜBRIGEN" ÖFFENTLICHRECHTLICHEN KÖRRERSCHAFTEN UND SELBSTÄNDIGEN ANSTALTEN (VG GR 1 ABS.1)

Das VG GR regelt neben der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit der Behörden und Beamten des Kantons, der Bezirke, Kreise und Gemeinden auch diejenige der "ü b r i g e n" öffentlichrechtlichen Körperschaften und selbständigen Anstalten des kantonalen öffentlichen Rechts (VG GR 1 Abs. 1).

Das Gemeinwesen kann die ihm obliegenden Aufgaben nicht nur durch seine Departementalverwaltung (= unmittelbare Verwaltungseinheit), sondern auch durch ausserhalb der Zentralverwaltung organisierte Verwaltungsträger erfüllen. Spricht das VG GR von den "übrigen" öffentlichrechtlichen Körperschaften und selbständigen Anstalten, so versteht es darunter solche aus der Departementalverwaltung ausgegliederte und mit "öffentlichrechtlichen Aufgaben betraute Organisationen" [64/65].

Da das VG GR den sachlichen Geltungsbereich der bündnerischen Amtshaftung nach rechtsförmlichen Kriterien[66] abgrenzt, d.h.

---

63 GG 51 Abs. 3; GG 62. Vgl. z.B. Kreissekundarschule V Dörfer (RP Bd. VII (1951-1960) Nr. 5997, S. 83), die in Form der privatrechtlichen einfachen Gesellschaft (OR 530ff.) organisiert ist.

64 Vorn § 10 III. 1.. - Vgl. zur sachlichen und territorialen Dezentralisation von Verwaltungsaufgaben: Th.FLEINER, Grundzüge 378ff..

65 Ueber die Gründe, welche ein Gemeinwesen veranlassen, Verwaltungszweige aus der allgemeinen Verwaltung auszuklammern, vgl. F.GYGI, Rechtsgestalt 140ff..

66 Vorn § 3 I. 4.1..

auf die Handlungs- bzw. Organisationsform der Rechtsgestaltung und nicht primär auf die Art und den Zweck der zu erfüllenden Aufgabe (= rechtstheoretische Abgrenzungsmethode) abstellt [67], fallen privatrechtlich organisierte Rechtsträger, die hoheitliche Aufgaben erfüllen, nicht in seinen Anwendungsbereich.

Bereits mehrfach wurde darauf hingewiesen, dass eine solche Grenzziehung sachlich nicht gerechtfertigt ist. Sie ist vor allem mit einer rechtsstaatlich [68] verstandenen Amtshaftung unvereinbar. Auf diesen Aspekt wird hier nicht nochmals eingegangen. Die nachstehend untersuchten Beispiele beschränken sich daher auf öffentlichrechtlich organisierte Körperschaften (§ 25) und selbständige Anstalten (§ 26) des kantonalen Rechts, welche hoheitliche Aufgaben wahrnehmen.

Bevor die einzelnen Beispiele besprochen werden, ist ein weiterer Hinweis erforderlich. Da das VG GR eine nach Gemeinwesen - Kanton und Bezirke einerseits, Kreise und Gemeinden andererseits - abgestufte Haftung kennt (VG GR 4 und 5 bzw. 8 und 9), muss bei der Erörterung der "übrigen" öffentlichrechtlichen Körperschaften und selbständigen Anstalten danach unterschieden werden, ob solche Hoheitsträger dem Kanton oder den Kreisen und Gemeinden (= kommunale Verbände) angehören. Die Arbeit befasst sich ausschliesslich mit mittelbaren Verwaltungseinheiten, die, territorial gesehen, einen kantonalen Wirkungsbereich aufweisen [69].

---

67 Vgl. BOTSCHAFT VG/GR 19 (Hervorhebung durch mich): "Dem Gesetz unterstehen wie bisher die Behörden und Beamten sämtlicher öffentlicher Körperschaften. Dabei ist für die Unterstellung unter das Verantwortlichkeitsgesetz im Zweifel entscheidend, ob der Körperschaft öffentliche Aufgaben zukommen. Ist dies nicht der Fall oder handelt die Körperschaft in einem einzelnen Fall nicht kraft öffentlichen Rechts, sondern als Privatrechtssubjekt, so gilt für ihre Haftung und die Haftung ihrer Organe oder Hilfskräfte das Bundeszivilrecht".

68 Vorn § 7 V. 4.1.1.

69 Vgl. auch vorn § 21 FN 19.

KANTONALE ÖFFENTLICHRECHTLICHE KÖRPERSCHAFTEN

I. DIE MERKMALE (BEGRIFF, WESEN, ZWECK) ÖFFENTLICHRECHTLICHER KÖRPERSCHAFTEN [1]

Oeffentlichrechtliche Körperschaften [2] stellen Personenmehrheiten dar, die eine rechtliche Einheit, eine juristische Person [3] bilden. Sie dienen öffentlichrechtlichen Zwecken und erfüllen staatliche Aufgaben. Sie beruhen auf einer mitgliedschaftlichen Grundlage. Die Mitgliederversammlung ist das Willensbildungsorgan. Das Prinzip der selbständigen Willensbildung grenzt die Körperschaften von den selbständigen Anstalten ab [4]. Mitglied eines öffentlichrechtlichen Personenverbandes können sowohl Rechtspersönlichkeiten des öffentlichen wie des privaten Rechts oder auch natürliche Personen sein.

Vor allem zwei Merkmale kennzeichnen die öffentlichrechtlichen Korporationen: nämlich ihre öffentlichrechtliche Zwecksetzung und ihre öffentlichrechtliche Rechtsgrundlage.

---

1 Vgl. GG 1ff., 50ff., 63ff., 77ff.. Gesetz über die Verwendung von Korporationsvermögen (vom 11.11.1848), BR 175.300. - Die hier besprochenen Körperschaften des kantonalen öffentlichen Rechts sind zu unterscheiden von den Korporationen des kantonalen Privatrechts gemäss ZGB 59 Abs. 3 und EGzZGB GR 40ff. (z.B.: Wasserkorporationen, vgl. dazu PVG (1972) Nr. 14; oder Alpkorporationen, vgl. dazu PKG (1948) Nr. 26). - Vgl. zur Abgrenzung der öffentlichrechtlichen Korporationen von den Körperschaften des kantonalen Privatrechts: Chr.MERZ 44ff.; J.U.RAGGENBASS 7ff., 90ff..

2 Als Synonyme dienen die Begriffe "öffentliche Körperschaften" und "Korporationen".

3 Zur juristischen Person vorn § 5 FN 63.

4 Vgl. zum Unterschied zwischen öffentlicher Anstalt und öffentlicher Körperschaft: F.GYGI, Rechtsgestalt 136ff.; Ph.STAEHELIN 7ff..

Oeffentlichrechtliche Korporationszwecke sind Zielsetzungen, die der Erfüllung von Aufgaben des Gemeinwohls dienen [5]. Die Ausführung von Aufgaben des Gemeinwohls, d.h. von Obliegenheiten, die nicht nur dem Wohl der Korporationsmitglieder, sondern auch ausserhalb des Verbandes Stehenden zu Gute kommen, macht einen Rechtsträger noch nicht zur öffentlichrechtlichen Personenverbindung. Auch privatrechtliche Körperschaften können sich Zwecke setzen, die dem Gemeinwohl dienen [6]. Hier greift nun das Merkmal der öffentlichrechtlichen Rechtsgrundlage ein: Korporationen des öffentlichen Rechts erhalten ihre Rechtspersönlichkeit und Organisation durch das öffentliche Recht [7].

Dasselbe gilt für die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit: Fehlt es im öffentlichen Recht an einer einschlägigen Regelung, so haften öffentlichrechtliche Korporationen nicht für rechtswidrige Schädigungen aus hoheitlichen Verrichtungen [8].

Zusammenfassend ist festzuhalten:

Oeffentlichrechtliche Körperschaften sind mitgliedschaftliche Personenverbindungen, deren Rechtsgrundlage sich im öffentlichen Recht findet. Unter Aufsicht eines Mutterverbandes, dem sie rechtlich zugeordnet sind, erfüllen sie Aufgaben des Gemeinwohls.

---

5 Chr.MERZ 2.

6 Vgl. PVG (1972) Nr. 14 S. 44: "Ob eine Körperschaft dem privaten oder öffentlichen Recht angehört, beurteilt sich nicht nach ihrer Bezeichnung, sondern nach ihrem Zweck, ihrem Mitgliederkreis und den Mitteln, mit denen sie ihre Aufgaben erfüllt." - Vgl. zum öffentlichen Interesse am Zweck privatrechtlicher Körperschaften: J.U.RAGGENBASS 248ff..

7 Statt vieler: A.EGGER Art. 59 Nr. 12 und 15; TUOR/SCHNYDER 102.

8 Vorn § 10 III..

II. DIE ARTEN ÖFFENTLICHRECHTLICHER KÖRPERSCHAFTEN

Der grosse Kreis öffentlichrechtlicher Körperschaften kann trotz der Vielzahl strukturell unterschiedlicher Formen in verschiedene Korporationsarten eingeteilt werden. So gruppiert das VG GR die ihm unterstellten Körperschaften nach politischen und administrativen Gesichtspunkten, nämlich nach Kanton, Kreis, Gemeinde und übrige Körperschaften. Aufgrund sachlicher Kriterien kann differenzierter zwischen Gebiets-, Personal- und Realkörperschaften unterschieden werden [9].

1. GEBIETSKÖRPERSCHAFTEN

Gebietskörperschaften beruhen auf territorialer Grundlage. Ihre Wirkungshoheit erstreckt sich über ein abgegrenztes Gebiet. Sie sind öffentlichrechtliche Personenverbände, welche sämtliche Personen innerhalb eines bestimmten Territoriums umfassen. Primäre Voraussetzung für die Mitgliedschaft stellt der Wohnsitz einer Person innerhalb des von der betreffenden Körperschaft umfassten Gebiets dar.

Ein Beispiel einer Gebietskörperschaft mit, territorial gesehen, kantonaler Wirkungshoheit ist der Kanton Graubünden [10].

---

9 So Chr.MERZ 4f..

10 Gebietskörperschaften mit kommunalem Wirkungsbereich - sie werden hier nicht behandelt - sind z.B.: die Kreise, Gemeinden, Gemeindefraktionen und Gemeindeverbände. - R.E.TREPP 93 inbes. FN 195 erwähnt, dass den Gemeindeverbänden in Form von interkommunalen Mehrzweckverbänden "schon fast der Charakter von neuen Gebietskörperschaften auf der Ebene zwischen Kanton und Gemeinde" zukommt.

2. PERSONALKÖRPERSCHAFTEN

Personalkörperschaften üben keine Territorialhoheit aus. Zwar ist ihr Wirkungsbereich ebenfalls auf ein bestimmtes Gebiet festgelegt. Dieses dient jedoch lediglich dazu, den ihnen angehörenden Personenkreis abzugrenzen [11]. Die Voraussetzungen für die Zugehörigkeit zu einer öffentlichrechtlichen Personalkorporation müssen in der Person des Mitglieds erfüllt sein: So muss es beispielsweise ein bestimmtes Bürgerrecht besitzen oder sich zu einer der staatlich anerkannten Konfessionen bekennen.

Als Beispiele sind die beiden (evangelische, katholische) als Landeskrichen anerkannten Religionsgenossenschaften zu erwähnen [12].

3. REALKÖRPERSCHAFTEN

Die Zugehörigkeit zu einer öffentlichrechtlichen Korporation in Form der Realkörperschaft ist mit dem Eigentum an einem Grundstück, also mit einer dinglichen Voraussetzung, verbunden [13]. Diese Verknüpfung zwischen Mitgliedschaft und dinglicher Berechtigung zeigt sich deutlich bei der Eigentumsübertragung oder Teilung des Grundstückes [14].

Die in der Wirklichkeit bestehenden öffentlichrechtlichen Körperschaften lassen sich nicht immer eindeutig den von der

---

11 Chr.MERZ 4; R.RASCHEIN 18.
12 Vgl. KV GR 11.
13 Chr.MERZ 4.
14 Vgl. Gesetz über die Verwendung von Korporationsvermögen (vom 11.11.1848), BR 175.300. - Zum Rechtsverkehr mit Korporationsteilrechten von Körperschaften des kantonalen Privatrechts: P.LIVER, BeKo Einleitungsbd., Art. 5 Nr. 54; VO betr. Anlage und Führung von Verzeichnissen über Korporationsteilrechte (vom 27.7.1945), BR 217.550; EGzZGB GR 45.

Verwaltungswissenschaft abgegrenzten Korporationsarten zuordnen. Sie enthalten als Mischtypen oft Elemente verschiedener Art. Dieser Umstand rührt daher [15], dass die Korporationen des kantonalen Rechts historisch gewachsen sind.

Als Beispiel einer öffentlichrechtlichen Körperschaft mit verschiedenen Korporationselementen sind etwa die Viehversicherungsgenossenschaften[16] zu erwähnen.

---

15 Chr.MERZ 4f..

16 I.S.v. Art. 5 Abs. 3 des Gesetzes über die Viehversicherung im Kt.GR (vom 4.3.1962), BR 912.600.

SELBSTÄNDIGE ÖFFENTLICHRECHTLICHE ANSTALTEN, DIE DEM KANTON ANGEHÖREN [1]

VORBEMERKUNGEN

Hier werden nur öffentlichrechtliche Anstalten aufgeführt, die dem Kanton angehören. Unerwähnt bleiben die öffentlichrechtlichen Anstalten, welche dem Kreis und der Gemeinde angehören. Diese Abgrenzung ist deshalb erwähnenswert, weil aufgrund von VG GR 4/8 bzw. VG GR 5/9 für die beiden Anstaltskategorien verschiedene Haftungsgrundsätze gelten.

I. DIE MERKMALE (BEGRIFF, WESEN, ZWECK) DER SELBSTÄNDIGEN ÖFFENTLICHRECHTLICHEN ANSTALTEN

Oeffentlichrechtliche Anstalten [2] sind ausserhalb der Zentralverwaltung organisierte, relativ selbständige Verwaltungseinheiten. Sie erfüllen dauernd solche, von einem Trägerverband (=Mutterverband) durch den Anstaltszweck gesetzte, öffentliche Aufgaben [3]. Als personifiziertes Zweckvermögen nimmt die "herrschaftlich" [4], durch den seinerzeitigen Willen eines anderen Rechtssubjektes (=Stifter) entstandene Anstalt fremde Interessen wahr.

---

1 Grundlegend über "die öffentlichen Anstalten des kantonalen Rechts in GR" Chr.A.WEINZAPF. Die Arbeit ist heute jedoch überholt.

2 Die Begriffe "Stiftung" und "Anstalt" stellen gleichbedeutende Ausdrücke dar (H.M.RIEMER 34), vgl. zur Terminologie: H.M.RIEMER 33f.. - Grundlegend zu den öffentlichrechtlichen Stiftungen H.M.RIEMER 291ff..

3 Vgl. F.GYGI, Rechtsgestalt 134; Ph.STAEHELIN 7.

4 So F.GYGI, Rechtsgestalt 136 und Th.FLEINER, Grundzüge 409; H.M.RIEMER 36, verwendet dafür den Begriff "diktatorisch".

Sie besitzt daher kein Willensbildungsorgan. Mitglieder, z.B. Gesellschafter oder Genossenschafter, sind ihr fremd. Im Anstaltszweck wird definitiv festgehalten, welche natürliche oder juristische Personen durch Anstaltsleistungen begünstigt werden sollen.

Solche Personen, zu deren Gunsten der Anstaltszweck verwirklicht wird, nennt man "Benützer".

Gleichermassen wie für die öffentlichrechtlichen Körperschaften sind auch für die Anstalten des kantonalen öffentlichen Rechts kennzeichnend: Ihre öffentlichrechtliche Rechtsgrundlage [5] und die Erfüllung öffentlicher Aufgaben [6].

Im Gegensatz zu den unselbständigen, aber gemeinsam [7] mit den Korporationen kommt den selbständigen Anstalten die Rechtspersönlichkeit zu.

II. ZUR ABGRENZUNG ZWISCHEN SELBSTÄNDIGEN UND UNSELBSTÄNDIGEN ÖFFENTLICHRECHTLICHEN ANSTALTEN

Die S e l b s t ä n d i g k e i t öffentlichrechtlicher Anstalten kann nach zwei unterschiedlichen, nicht aber gegensätzlichen Gesichtspunkten beurteilt werden, nämlich: In bezug auf

---

5 Zu den privatrechtlichen Anstalten, vgl.: A.EGGER, Art. 80ff.; H.M.RIEMER; TUOR/SCHNYDER 123ff..

6 Diese beiden Merkmale sind auch entscheidend bei der Frage der Zulässigkeit von staatlichen Monopolbetrieben, vgl. IMBODEN/RHINOW II Nr. 138; Ph.STAEHELIN 18ff.; PVG (1969) Nr. 11.

7 Zur Unterscheidung zwischen öffentlichrechtlichen Anstalten und öffentlichrechtlichen Körperschaften, vgl.: F.GYGI, Rechtsgestalt 136ff.; IMBODEN/RHINOW II Nr. 137 B III; Ph.STAEHELIN 7f..

die externe und in bezug auf die interne Rechtsstellung der Anstalt. Die e x t e r n e Rechtsstellung berührt das Verhältnis zwischen Anstalt und Benützern sowie Dritten [8]. Die i n t e r n e Rechtsstellung hat die Beziehung zwischen Anstalt und Mutterverband, die sog. administrative Selbständigkeit [9], zum Gegenstand.

Nach Auffassung der h.L. [10] sind diejenigen Anstalten selbständig, welche die juristische Persönlichkeit besitzen. Solche mit der Rechtspersönlichkeit ausgestattete mittelbare Verwaltungseinheiten handeln in eigenem Namen, sind rechts- und parteifähig. Sie haften für ihre Verbindlichkeiten grundsätzlich mit dem eigenen Vermögen. Unselbständige Anstalten sind nach diesen Beurteilungskriterien dagegen Gebilde, die nicht selbst Träger von Rechten und Pflichten sind und daher nicht unter ihrem eigenen Namen klagen oder verklagt werden können. Sie sind nicht prozessfähig. Für die Verbindlichkeiten nicht rechtsfähiger Anstalten hat das Gemeinwesen, dem diese organisatorisch zugeordnet sind, einzustehen.

Bei der Beurteilung der administrativen Selbständigkeit einer Anstalt geht es um die Frage, welche Eigenständigkeit oder Abhängigkeit (Handlungs-, Entstehungs- und Verantwortungsbereich) der Anstalt gegenüber dem Trägerverband zukommt. Inhalt und Grad der administrativen Selbständigkeit bleiben unabhängig von der Rechtsfähigkeit [11]. Die administrative Selbständigkeit einer

---

8 Vgl. zum Rechtsverhältnis zwischen Anstalt und Anstaltbenützern: Th.FLEINER, Grundzüge 342ff.; Ph.STAEHELIN 66ff..

9 Vgl. F.GYGI, Rechtsgestalt 145ff..

10 Zit. bei Ph.STAEHELIN 14 FN 31. - Vgl. auch BGE 103 (1977) Ia 61.

11 F.GYGI, Rechtsgestalt 145; IMBODEN/RHINOW II Nr. 137 B VI.

Anstalt gegenüber ihrem Mutterverband äussert sich darin, dass die mittelbare Verwaltungseinheit aus der hierarchisch organisierten Departementalverwaltung ausgegliedert ist und sich institutionell verselbständigt hat [12].

Neuerdings setzt sich in der Lehre die Auffassung durch, dass es von untergeordneter Bedeutung ist, ob die Anstalt mit juristischer Persönlichkeit ausgestattet ist oder nicht [13]. Als entscheidendes Kriterium wird vielmehr die administrative Selbständigkeit [14] im Sinne der Eigenständigkeit einer Anstalt gegenüber der Departementalverwaltung [15] erachtet.

Für die Amtshaftung aufgrund des VG GR kann offenbleiben, welcher Auffassung man den Vorrang einräumt. Sowohl die selbständigen wie die unselbständigen Anstalten und deren Funktionäre, die dem Kanton angehören, haften für jede schuldhafte Vermögensbeeinträchtigung aus hoheitlich-rechtswidrigen Verrichtungen.

Für die nachstehend aufgeführten Beispiele öffentlichrechtlicher kantonaler Anstalten wird in der Frage, ob es sich um selbstän-

---

12 Näheres bei F.GYGI, Rechtsgestalt 146f.; IMBODEN/RHINOW II Nr. 137 B VI; Ph.STAEHELIN 15.

13 Vgl. F.GYGI, Rechtsgestalt 145; Ph.STAEHELIN 15.

14 Im Zusammenhang mit den Ereignissen bei der BVA (vgl. vorn § 20 II.3. bei FN 25) wurde im Grossen Rat (vgl. GRP (1940) 67ff.) die Frage aufgeworfen, ob der Kanton nicht aufgrund des aVG für den erlittenen Schaden von der BVA Ersatz fordern könne, weil die BVA eine öffentlichrechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit bilde. Der Kanton machte daraufhin beim KGer. GR eine Verantwortlichkeitsklage anhängig (vgl. PKG (1943) Nr. 4). Das Gericht wies die Klage u.a. mit der Begründung ab, die BVA könne im Verhältnis zum Kanton nicht Drittperson sein. Es anerkannte freilich, dass die BVA ein selbständiger Vermögensträger mit eigener Rechtspersönlichkeit ist (PKG (1943) Nr. 4 S. 29f.), untermauerte seinen Entscheid jedoch mit dem "Willen des Gesetzgebers" (PKG (1943) Nr. 4 S. 35). Dabei machte das KGer. Ueberlegungen, die heute unter dem Begriff der administrativen Selbständigkeit diskutiert werden.

15 Ein treffendes Bspl. dazu ist die SBB. Die SBB stellt eine öffentlichrechtliche Anstalt des Bundes ohne Rechtspersönlichkeit dar (vgl. Art. 1 des BG über die SBB (vom 23.6.1944), SR 742.31), die aber unter ihrem eigenen Namen klagen und verklagt werden kann, also prozessfähig ist (vgl. Art. 5 Abs. 2 des BG über die SBB (vom 23.6.1944), SR 742.31). Vgl. dazu BGE 102 (1976) Ib 315.

dige oder unselbständige Verwaltungseinheiten handelt, daher auf die gesetzliche Umschreibung abgestellt. Untersucht werden ausschliesslich öffentlichrechtliche Anstalten, denen von Gesetzes wegen die Rechtspersönlichkeit zukommt. Ausser Betracht bleiben öffentlichrechtliche, unselbständige Anstalten [16]. Zu

16 Nicht rechtsfähig, d.h. unselbständig, sind aufgrund des kantonalen Rechts z.B. folgende Anstalten:

Aus dem Bereich des Versicherungswesens:
- Kantonale Pensionskasse, vgl. Art. 1 Abs. 2 der VO über die Pensionskasse für die Beamten und Angestellten des Kts. GR und die Primar- und Sekundarschullehrer der Bündner Gemeinden (vom 28.5.1954), BR 170.450.
- Versicherungskasse für die bündnerischen Arbeits- und Hauswirtschaftslehrerinnen, vgl. Art. 35 der VO über die Versicherungskasse für die bündnerischen Arbeits- und Hauswirtschaftslehrerinnen (vom 10.12.1962), BR 421.100.

Aus dem Bereich des Erziehungswesens:
- Kantonale Mittelschule, vgl. Art. 2 des Mittelschulgesetzes (vom 7.10. 1962), BR 425.000.
- Konvikt, vgl. Art. 1 der VO über das Konvikt der Bündner Kantonsschule (vom 23.2.1976), AS GR (1976-1978) S. 19ff..
- Bündner Frauenschule, vgl. Art. 1 und 5 des Frauenbildungsgesetzes (vom 12.3.1967), BR 435.500.
- Bündner Pflegerinnenschule, vgl. Art. 1f. der VO über die Organisation der Bündner Pflegerinnenschule für Geburtshilfe und Gynäkologie (vom 8.7.1974), BR 502.600.
- Bündner Schule für psychiatrische Krankenpflege, vgl. Art. 2 der VO über die Organisation der Bündner Schule für psychiatrische Krankenpflege (vom 7.7.1970), BR 502.700.
- Plantahof, vgl. Art. 13 der VO betr. die Landwirtschaftliche Schule Plantahof (vom 27.5.1947), BR 919.100; ferner Art. 2f. der VO über die landwirtschaftliche Berufsbildung im Kt. GR (vom 18.2.1976), AS GR (1976-1978) 76ff..

Aus dem Bereich des Krankenwesens:
- Kantonales Frauenspital Fontana, vgl. Art. 2 der VO über die Organisation des kantonalen Frauenspitals Fontana (vom 4.10.1976), AS GR (1976-1978) 111ff..
- Psychiatrische Kliniken Waldhaus und Beverin/Rothenbrunnen sowie die Anstalt Realta, vgl. Art. 1f. der VO über die Organisation der kantonalen Kliniken Waldhaus und Beverin/Rothenbrunnen sowie der Anstalt Realta (vom 14.3.1977), AS GR (1976-1978) 137ff..

Aus verschiedenen Bereichen der kantonalen Verwaltung:
- Sennhof, vgl. Art. 1 Abs. 2 der VO für die kantonale Anstalt Sennhof (vom 14.12.1964), BR 350.460.
- Staatsarchiv, vgl. § 1 des Reglementes für das Staatsarchiv des Kts. GR (vom 16.2.1928), BR 490.100.
- Kantonsbibliothek GR, vgl. Art. 10 der VO über die Kantonsbibliothek GR (vom 12.7.1967), BR 490.200.

prüfen wird sein, ob die spezifischen Anstaltstätigkeiten hoheitliche oder gewerbliche Verrichtungen darstellen. Mit anderen Worten, es ist zu untersuchen, ob sich die Haftungsverhältnisse aufgrund des VG GR oder aufgrund des Bundeszivilrechts beurteilen.

Die folgenden Beispiele beanspruchen nicht, vollständig zu sein.

III. BEISPIELE ÖFFENTLICHRECHTLICHER ANSTALTEN DES KANTONALEN RECHTS MIT EIGENER RECHTSPERSÖNLICHKEIT[17]

Untersucht werden die "Gebäudeversicherungsanstalt des Kantons Graubünden" (GVA), die "Graubündner Kantonalbank" (GKB), die "Kantonale Familienausgleichskasse" (KFK) und die "Ausgleichskasse des Kantons Graubünden" (KAK).

1. GEBÄUDEVERSICHERUNGSANSTALT DES KANTONS GRAUBÜNDEN (GVA)

1.1 Wesen und Aufbau [18]

Die GVA ist eine öffentlichrechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit. Sie hat ihren Sitz in Chur [19]. Sie steht unter der Aufsicht der Regierung. Die GVA versichert die im Kanton gelegenen Gebäude gegen Feuer- und Elementarschaden sowie gegen weitere im Gesetz über die GVA erwähnten Gefahren [20]. Die Versicherung bei der Anstalt ist für sämtliche Gebäude im Kanton obligatorisch[21].

---

17 Vgl. zur Haftung aus dem Spitalbetrieb des Rätischen Kantons- und Regionalspitals Chur, hinten § 28 II..
18 Vgl. Gesetz über die GVA im Kt. GR (vom 12.4.1970), BR 830.100.
19 Gesetz über die GVA Art. 1, BR 830.100.
20 Gesetz über die GVA Art. 2, BR 830.100.
21 Gesetz über die GVA Art. 4, BR 830.100.

Die GVA nimmt somit eine Monopolstellung ein. Das Benützungsverhältnis ist durch eine einseitig festgelegte Benützungsordnung, enthalten im Gesetz über die GVA und dessen Vollziehungsverordnung [22] geprägt. Es ist daher eindeutig öffentlichrechtlicher Natur.

1.2 Die Haftungsverhältnisse

Der summarische Ueberblick über das Wesen der BVA und ihre Beziehung zu den Benützern zeigt, dass die GVA und ihre Benützer in einem Subordinationsverhältnis stehen. Die anstaltliche Tätigkeit erfolgt mit obrigkeitlichen Mitteln und ist deshalb als hoheitlich zu qualifizieren. Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit der BVA und ihrer Funktionäre für rechtswidrige Schädigungen aus anstaltlichen Verrichtungen richtet sich daher nach den Bestimmungen des VG GR [23].

2. GRAUBÜNDNER KANTONALBANK (GKB) [24]

2.1 Wesen und Aufbau

Die vom Kanton mit Sitz in Chur errichtete GKB ist eine mit dem Recht der juristischen Persönlichkeit ausgestattete Anstalt des kantonalen öffentlichen Rechts [25]. Unter

---

22 VVO zum Gesetz über die GVA im Kt. GR (vom 2.10.1969), BR 830.110.

23 Die Haftung der Gebäudeversicherung für rechtswidrige Schädigungen aus amtlichen Verrichtungen richtet sich z.B. auch in den Kten. ZH (vgl. HG ZH 3) und TG (vgl. dazu Ph.STAEHELIN 134f., BOTSCHAFT TG 14) nach den kantonalen VG.

24 Vgl. Statuten der GKB (vom 27.5.1970), BR 938.200; Geschäftsreglement der GKB (vom 8./15.6.1970), BR 938.250. - Gemäss Art. 38 Abs. 1 des BG über die Banken und Sparkassen (vom 8.11.1934), SR 952.0, bleiben für die Haftung der Kantonalbanken die kantonalen Vorschriften über die zivilrechtliche Verantwortlichkeit vorbehalten. Den Kantonen ist somit freigestellt, die Kantonalbanken der öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Haftungsordnung zu unterstellen.

25 Statuten der GKB Art. 1. - Vgl. auch BGE 6 (1880) 56ff..

der Oberaufsicht des Grossen Rates kommt ihr weitgehend administrative Selbständigkeit zu [26]. Der primäre Zweck der GKB besteht in der Erleichterung und Befriedigung der Kredit- und Geldbedürfnisse der Kantonseinwohner einerseits und der Ermöglichung einer sicheren, zinstragenden Anlage deren Ersparnisse und Kapitalien andererseits. Bei der Kreditgewährung berücksichtigt die Kantonalbank ebenfalls den kleinen und mittleren Grundbesitz, die Landwirtschaft, den Tourismus, den Handel und das Gewerbe sowie die Arbeitnehmer [27].

Obwohl die GKB durch ihren öffentlichen Zweck nicht völlig freie Hand in ihrem Geschäftsgebaren hat - abgesehen von den Grundsätzen, die ihr durch das eidgenössische Bankengesetz [28] auferlegt sind - unterscheidet sich das Rechtsverhältnis zwischen GKB und ihren Benützern nicht grundlegend von demjenigen des Kunden zu einer Privatbank. Das wirtschaftliche Uebergewicht der Anstalt wird durch die Konkurrenz der Privatbanken und der freien Wahlmöglichkeit potentieller Bankkunden wettgemacht. Das Rechtsverhältnis GKB - Kunde zeichnet sich daher durch eine weitgehende Koordination aus.

2.2 Die Haftungsverhältnisse

Vorweg ist zu erwähnen, dass der Kanton für alle Verbindlichkeiten der Bank haftet, soweit ihre eigenen Mittel nicht ausreichen [29]. Damit steht jedoch noch nicht fest, nach welchen Normen sich die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit der GKB richtet, ob nach privatrechtlichen

---

26 Statuten der GKB Art. 17. - Vgl. auch KV GR 18, 28.
27 Statuten der GKB Art. 2, BR 938.200.
28 SR 952.0
29 Statuten der GKB Art. 3, BR 938.200.

oder nach öffentlichrechtlichen Bestimmungen. Die BOTSCHAFT VG/GR [30] bemerkt dazu: "So stellt beispielsweise unsere Kantonalbank eine selbständige öffentlichrechtliche Anstalt des Kantons im Sinne des Art. 1 des Entwurfs dar. Sie tritt aber nach aussen im normalgeschäftlichen Verkehr als Gewerbebetrieb auf. Sie und ihre Beamten haften deshalb für Schäden aus dem eigentlichen Bankbetrieb nach dem OR, nicht nach dem kant. Verantwortlichkeitsgesetz. Soweit die Beamten oder die Organe der Kantonalbank jedoch nicht gewerbliche Verrichtungen ausüben, sind sie dem kant. Verantwortlichkeitsgesetz unterstellt". Diese Auffassung verlangt Zustimmung. Die Tätigkeit der GKB stellt grundsätzlich eine nicht hoheitliche Verrichtung dar. Ihre Haftung beurteilt sich daher nach Bundeszivilrecht [31]. Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Bankrates, des Direktoriums und sämtlicher Angestellter richtet sich nach den Anstellungsbedingungen und einschlägigen Reglementen [32].

---

30 BOTSCHAFT VG/GR 19.

31 Dieselbe Auffassung wird für die Haftung der zürcherischen Kantonalbank (HG ZH 3 Abs. 2, 30; vgl. dazu H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 120, 164) und der thurgauischen Kantonalbank (vgl. Ph.STAEHELIN 165ff.; BOTSCHAFT TG 13) vertreten.

32 Statuten der GKB Art. 32, BR 938.200. Vgl. z.B. Art. 15 ("Verantwortlichkeit") der Dienst- und Bes.VO für das Personal der GKB (vom 21.10.1966/16.3.1973).

3. KANTONALE FAMILIENAUSGLEICHSKASSE (KFK) [33/34]

3.1 Wesen und Aufbau

Die KFK ist eine selbständige öffentlichrechtliche Anstalt mit Sitz in Chur. Organisatorisch ist sie der AHV-Ausgleichskasse des Kts. GR [35] angegliedert, welcher auch die Geschäftsführung übertragen ist. Die Regierung regelt die Organisation der kantonalen Kassen [36]. Die Aufgabe und der Zweck der KFK bestehen in der Festlegung und Ausrichtung von Familienzulagen an bezugsberechtigte [37] Arbeitnehmer nach Massgabe des Gesetzes [38]. Die Familienzulage wird in Form von Kinderzulagen ausgerichtet und dient als Ergänzung zum Leistungslohn dem teilweisen Ausgleich der Familienlasten [39]. Finanziert werden die Leistungen der Kasse durch Beiträge der dem Gesetz unterstellten Arbeitgeber [40]. Die beitrittspflichtigen Arbeitgeber haben sich der KFK anzuschliessen, sofern sie nicht einer gesamtschweizerischen Familienausgleichskasse angehören, welche die im Gesetz vorgeschriebenen Mindestzulagen ausrichtet [41]. Die Beitragsleistungen der Arbeitge-

---

33 Gesetz über die Familienzulagen für Arbeitnehmer (vom 26.10.1958), BR 548.100; VVO zum Gesetz über die Familienzulagen für Arbeitnehmer (vom 26.5.1959), BR 548.110; Ausführungsbestimmungen zur Revision des Gesetzes über die Familienzulagen vom 4.3.1962 (vom 24.4.1962), BR 548.120.

34 Auf die Kontroverse über die Verfassungsmässigkeit der kantonalen Gesetze betr. die Familienzulagen wird hier nicht eingegangen, vgl. dazu Ph.STAEHELIN 271ff. mit Hinweisen auf die Judikatur. - Vgl. zur Entwicklung der Gesetzgebung über die Familienzulagen in der Schweiz: Chr.H.SCHAEPPI 21 ff., 37ff..

35 Vgl. hinten § 26 II. 4..

36 Familienzulagengesetz Art. 12, BR 548.100; VVO zum Familienzulagengesetz Art. 7, BR 548.110.

37 Familienzulagengesetz Art. 6ff., BR 548.100; VVO Art. 4, BR 548.110.

38 Familienzulagengesetz Art. 1, BR 548.100.

39 Familienzulagengesetz Art. 4, BR 548.100.

40 Familienzulagengesetz Art. 2, 13, BR 548.100; VVO zum Familienzulagengesetz Nr. 1, BR 548.110.

41 Familienzulagengesetz Art. 14, BR 548.100.

ber dürfen den Leistungslohn der Arbeitnehmer in keiner Weise beeinflussen [42]. Das käme sonst einer indirekten Kürzung der Sozialzulagen gleich [43].

Was die rechtliche Stellung der Benützer zur Anstalt anbelangt, ist zu unterscheiden zwischen dem Verhältnis Anstalt - Arbeitgeber und demjenigen Anstalt - Arbeitnehmer.

Die Arbeitgeber stehen in einem Zwangsverhältnis zur Kasse. Die Anstalt verkehrt mit ihnen mittels Verfügungen [44] und setzt deren Beiträge einseitig fest [45]. Das Benützungsverhältnis ist daher als öffentlichrechtlich zu qualifizieren. Der Kanton regelt es abschliessend durch die einschlägigen Erlasse. Dem Arbeitgeber ist zwar freigestellt, sich einer anerkannten gesamtschweizerischen Familienausgleichskasse anzuschliessen. Macht er aber von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch, schwebt über dieser Freiheit die Verpflichtung, der KFK beitreten zu müssen.

Das Benützungsverhältnis der anspruchsberechtigten Arbeitnehmer ist ebenfalls öffentlichrechtlich geregelt. Die Voraussetzungen zur Ausrichtung von Familienzulagen und der Inhalt des Benützungsverhältnisses sind in Gesetz, Vollziehungsverordnung und Ausführungsbestimmungen vom Kanton einseitig festgelegt. Für eine individuelle Ausgestaltung ist kein Platz. Ob die Auszahlung der Kinderzulagen durch die Arbeitgeber oder durch die Anstalt erfolgt [46], ist für die rechtliche Natur des Benützungs-

---

42 Familienzulagengesetz Art. 1 Abs. 3, BR 548.100.
43 Ph.STAEHELIN 274f..
44 Vgl. Familienzulagengesetz Art. 15f., BR 548.100.
45 Familienzulagengesetz Art. 13, BR 548.100. - Grundlegend zur Festsetzung der Arbeitgeberbeiträge an die Familienausgleichskasse: Chr.H.SCHAEPPI 54f..
46 VVO zum Familienzulagengesetz Art. 6, BR 548.110.

verhältnisses zwischen Arbeitnehmer und Anstalt ohne Belang. In beiden Fällen stellen die Familienzulagen Leistungen der KFK dar und nicht Lohnzahlungen des Arbeitgebers [47].

3.2 Die Haftungsverhältnisse

Das Benützungsverhältnis zwischen Arbeitgeber bzw. Arbeitnehmer und KFK beruht demnach eindeutig auf obrigkeitlichem Zwang. Es ist einseitig und verfügungsmässig geregelt, also als hoheitlich zu qualifizieren. Wohl braucht die Kasse bei der Ausrichtung von Kinderzulagen an die Anspruchsberechtigten keine hoheitlichen Mittel anzuwenden, da die Arbeitnehmer ja keine Leistungen zu erbringen haben. Doch spricht der Hinweis auf die sinngemässe Anwendung der Bestimmungen der Ausführungsverordnung des Grossen Rates [48] zum BG über die AHV [49] für ein Subordinationsverhältnis. Gestärkt wird diese Auffassung durch die Pflicht des Arbeitnehmers, unrechtmässig bezogene Familienzulagen zurückzuerstatten, wobei sinngemäss die entsprechenden Artikel des BG über die AHV [50] Anwendung finden [51].

Haftungsfragen bezüglich rechtswidriger Schädigungen aus anstaltlicher Tätigkeit der KFK beurteilen sich daher nach dem VG GR [52].

---

47 So Ph.STAEHELIN 283, für die entsprechenden Fragen im thurgauischen Recht.

48 Vgl. BR 544.110.

49 VVO zum Familienzulagengesetz Art. 7, BR 548.100.

50 Vgl. AHVG Art. 47 und AHVV Art. 78.

51 Familienzulagengesetz Art. 10, BR 548.100.

52 Im gleichen Sinn beurteilt Ph.STAEHELIN 284ff. die Haftungsverhältnisse der thurgauischen Familienausgleichskasse. - Vgl. allgemein zur Haftung der (kantonalen und privaten) Familienausgleichskassen: Chr.H.SCHAEPPI 120.

4. AUSGLEICHSKASSE DES KANTONS GRAUBÜNDEN (KAK) [53]

4.1 Wesen und Aufbau

Die KAK ist eine selbständige, öffentlichrechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit. Sie hat ihren Sitz in Chur [54]. Die Kasse steht unter der Aufsicht der Regierung [55].

Zweck und Aufgabe der KAK werden durch das Bundesrecht festgelegt. Sie hat die Obliegenheiten zu erfüllen, welche im AHVG und den zugehörigen Vorschriften des Bundes und des Kantons umschrieben sind [56]. Die Anstalt dient einem unmittelbaren öffentlichen Zweck. Sie hat den Einzug der AHV-Beiträge der Versicherten und die Ausrichtung der Renten [57] vorzunehmen. Ihre Tätigkeit ist im Rahmen der gesamten Aufgaben, nämlich der Verwirklichung der AHV, zu sehen. Innerhalb dieser Gesamtaufgabe kommen der KAK weitgehend bloss Vollzugsfunktionen zu [58]. Es fehlt ihr an administrativer Selbständigkeit. Sie ist nicht nur vom Kanton, sondern mehr noch vom Bund als Träger des Sozialversicherungswerkes abhängig. Die eidgenössischen Aufsichtsbehörden überwachen die Durchführung des materiellen AHV-Rechts und besitzen Weisungsrechte [59]. Dem Kanton und seinen Behörden bleiben dagegen grundsätz-

---

53 Gesetz über die Einführung der AHV (vom 13.3.1949), BR 544.100; AusführungsVO zum AHVG (vom 26.11.1947), BR 544.100; vgl. ferner die Erlasse BR 544.200; BR 544.250; BR 544.300; BR 544.310; BR 544.320; BR 544.400.

54 Gesetz über die Einführung der AHV Art. 1, BR 544.100.

55 Gesetz über die Einführung der AHV Art. 2, BR 544.100; AusführungsVO zum AHVG Art. 3 Abs. 1, BR 544.110.

56 Gesetz über die Einführung der AHV Art. 1, BR 544.100; AusführungsVO zum AHVG Art. 1, BR 544.110.

57 AHVG 63. Abs. 1; Ph.STAEHELIN 246.

58 Ph.STAEHELIN 248.

59 AHVG 61 Abs. 1, bes. AHVG 72 i.V.m. Art. 176 AHVV; dazu die bei Ph. STAEHELIN in FN 34 zit. Autoren.

lich die Organisation der KAK und die Ausführung von reglementarischen Verwaltungsaufgaben (Errichtung von Zweigstellen und Festlegung deren Aufgaben [60]) vorbehalten.

Das Benützungsverhältnis wird einseitig in den Erlassen des Bundes und des Kantons geregelt. Vorwiegend gilt Bundesrecht, weil die KAK im wesentlichen ein Verwaltungsträger des Bundes [61] ist. Die Anstalt handelt in ihrer spezifischen Funktion als Hoheitsträgerin. Die Benützer unterstehen daher ihrer Befehls- und Zwangsgewalt.

4.2 Die Haftungsverhältnisse

Die rechtliche Beziehung zwischen Anstaltsbenützern und der KAK qualifiziert sich nach den oben beschriebenen Merkmalen als Subordinationsverhältnis. Die Kasse und ihre Funktionäre haften daher für rechtswidrige Verrichtungen aus dem spezifischen Wirkungsbereich nach öffentlichem Recht. Aufgrund der Doppelstellung der KAK, einerseits als rechtsfähige öffentlichrechtliche Anstalt des Kantons, andererseits als Verwaltungsträger des Bundes, ist zu fragen, ob sich die Haftung nach dem Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes oder demjenigen des Kantons Graubünden richtet.

AHVG 70 [62] bestimmt, dass die Gründerverbände einer Ausgleichskasse - also die Verbände, die eine Ausgleichskasse errichtet haben -, der Bund und die Kantone für Schäden haften, welche infolge absichtlicher oder grobfahrlässiger Missachtung der Vorschriften durch ihre Kassen-

---

60 AHVG 61 Abs. 2 lit. c.
61 I.S.v. Art. 19 VG des Bundes; vgl. dazu W.GEIGER 212.
62 Vgl. auch Gesetz über die Einführung der AHV Art. 4 Abs. 1, BR 544.100.

organe oder einzelne Kassenfunktionäre entstanden sind. Nach Auffassung der Doktrin [63] befasst sich AHVG 70 jedoch nur mit der internen Haftung, also mit der Frage, inwiefern die Ausgleichskasse bzw. ihre Gründerverbände den Bund als Träger des AHV-Werkes schadlos zu halten haben, falls diesem durch rechtswidriges Verhalten der Kassenfunktionäre Schaden erwächst. Ueber die externe Haftung der Kassen und ihrer Organe und Angestellten schweigt sich das AHVG dagegen aus. Soweit in der Literatur [64] die externe Verantwortlichkeit nach Inkrafttreten des Verantwortlichkeitsgesetzes des Bundes [65] behandelt wird, ist die Ansicht vorherrschend, dass sich die Haftung der Kassen gegenüber geschädigten Dritten nach den bundesrechtlichen Vorschriften beurteile. Begründet wird diese Auffassung damit, dass die Ausgleichskassen mit Aufgaben des Bundes betraute Organisationen sind, welche in bezug auf die bundesrechtlichen Aufgaben einem direkten Weisungsrecht der zuständigen Bundesbehörden unterstehen. Dieser Auffassung ist im Sinne der Anvertrauenstheorie [66] zuzustimmen. Hat die KAK in Erfüllung der gesetzlichen Pflichten einer geschädigten Drittperson Ersatz geleistet, so hat sie gemäss VG des Bundes Art. 19 Abs. 1 lit. a die Möglichkeit, aufgrund von VG des Bundes Art. 7 und 9 auf den fehlbaren Funktionär zurückzugreifen [67].

---

63 So W.GEIGER 210; die bei Ph.STAEHELIN in FN 95 zit. Autoren.

64 Vgl. W.GEIGER 212ff.; Ph.STAEHELIN 264. - Vgl. zur Haftung der AHV-Funktionäre auch A.WINZELER 64ff. (interne Haftung) 93ff. (externe Haftung).

65 Das AHVG trat am 1.1.1948 in Kraft (AHVG 154), das VG des Bundes ist seit dem 1.1.1959 positives Recht (VG des Bundes Art. 27).

66 Vorn § 8 III. 2. bei FN 37.

67 Für Schädigungen, die bei der Durchführung von bundesrechtlichen Aufgaben entstehen, ist Art. 4 Abs. 2 des Gesetzes über die Einführung der AHV (BR 544.100), welcher für den Rückgriff auf Gemeindefunktionäre des VG GR anwendbar erklärt, daher durch Art. 19 Abs. 1 lit. a derogiert.

Findet die widerrechtliche Schädigung jedoch bei der Erfüllung der der KAK übertragenen kantonalen [68] Aufgaben statt, so beurteilt sich die Haftung - die externe wie die interne - nach den Bestimmungen des VG GR [69].

---

68 Aufgeführt in Art. 1 Ziff. 1-3 der AusführungsVO zum AHVG, BR 544.110.

69 Analog zur KAK sind die Haftungsverhältnisse der "Kantonalen Arbeitslosenversicherungskasse" zu beurteilen, vgl. dazu die einschlägigen Erlasse: BR 545.250; BR 545.260; AS GR (1976-1978) 144ff.; BR 545.270; BR 545.280.

2. UNTERABSCHNITT:

BEMERKUNGEN ZUR AMTSHAFTUNG AUFGRUND DES VG GR

§ 27

BEMERKUNGEN ZUR BEAMTENHAFTUNG AUFGRUND DES VG GR

Die Grundzüge der Beamtenhaftung wurden im Allgemeinen Teil dargelegt [1]. Zu unterscheiden ist zwischen der externen und der internen Beamtenhaftung. Im VG GR fällt die externe Beamtenhaftung ausser Betracht, weil das direkte Klagerecht des geschädigten Dritten gegen die fehlbaren Behörden und Beamten ausgeschlossen ist (VG GR 11).

Innerhalb der internen Beamtenhaftung ist diejenige für direkte Schädigung von derjenigen für indirekte Schädigung des Gemeinwesens abzugrenzen. Das VG GR trifft diese Unterscheidung, indem unter der Marginale III die Haftung des Beamten gegenüber dem Gemeinwesen für direkte Schädigungen geregelt ist. Bestimmungen über die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des fehlbaren Amtswalters für indirekte Schädigung des Staates sind unter der Marginale V ("Rückgriff") festgehalten.

Für die nachfolgenden Bemerkungen wird diese Unterscheidung nicht vorgenommen. Die Regelungen und die Anspruchsvoraussetzungen der

---

1 Vorn § 6 I..

beiden Arten der internen Beamtenhaftung weisen gemäss dem VG GR nur geringe Abweichungen auf. Eine gesonderte Darstellung drängt sich daher nicht auf.

Nachstehend werden lediglich bestimmte Problemkreise der Beamtenhaftung, wie sie sich aufgrund des VG GR stellen, herausgegriffen.

I. DIE AMTSPFLICHTVERLETZUNG

Auf die verwirrliche Terminologie des VG GR hinsichtlich der Umschreibung der Amtspflichtverletzung wurde bereits hingewiesen[2]. Als Grundsatz ist in VG GR 2 festgehalten, dass sich die Frage der Verletzung der Amtspflicht nach den Bestimmungen des VG GR beurteilt. Die Beamten sind verpflichtet, die ihnen gemäss Verfassung[3] und Gesetz[4] sowie durch sonstige Vorschriften[5] oder

---

2 Vorn § 21 IV..

3 Vgl. z.B.: KV GR 17, 32, 44 (Beamte); KV GR 6, 28-37 (Regierung).

4 Vor allem fallen die Pflichten der Funktionäre in Betracht, wie sie in der PersonalVO (BR 170.400), Art. 14ff. und deren Ausführungsbestimmungen (BR 170.410), Art. 11ff. festgehalten sind. Für die Regierung, vgl. Geschäftsordnung für die Regierung des Kts. GR (vom 26.2.1972), BR 170.320, z.B. Art. 1, 6.

5 Hier sind etwa Vorschriften zu erwähnen, welche in Konkordaten i.S.v. BV 7 Abs. 2 enthalten sind. Vgl. z.B.: Vereinbarung zwischen den Kantonen SG und GR über den betrieblichen Unterhalt der Nationalstrasse N 13 auf der Strecke Maienfeld bis zur Kantonsgrenze auf der Rheinbrücke bei Bad Ragaz (vom 25.2./9.6.1975), BR 807.250, Art. 9 (Haftung der Gebietskantone für schädigende Verrichtungen ihrer Angehörigen des Unterhaltsdienstes); Vereinbarung zwischen den Kantonen SG und GR über die Ausübung der Autobahnpolizei auf der Strecke Maienfeld bis zur Kantonsgrenze auf der Rheinbrücke bei Bad Ragaz der Nationalstrasse N 13 (vom 19.11./15.12.1975), BR 870.150, Art. 10 (Amts- und Beamtenhaftung); Vereinbarung über das Neu-Technikum Buchs (vom 20.6.1968), BR 430.510, Art. 29 (Haftung und Verantwortlichkeit).

spezielle Weisungen[6] auferlegten Pflichten gewissenhaft zu erfüllen (VG GR 1 Abs. 1).

Die BOTSCHAFT VG/GR[7] hält zur Frage der Amtspflichtverletzung fest, dass darunter nicht nur jede Verletzung einer generellen Norm, sondern auch die Missachtung einer Verwaltungsvorschrift, einer Dienstinstruktion, einer Weisung usw. zu verstehen sei. Auch aus der Verletzung einer allgemeinen Beamtenpflicht, d.h. aus einer Pflicht, die nicht normiert sei, die sich jedoch aus der Natur des Beamtenverhältnisses ergebe, könne eine Verantwortlichkeit abgeleitet werden[8].

Der Begriff der Amtspflichtverletzung wird im bündnerischen Recht demnach im überkommenen Sinn als Verhaltensunrecht verstanden[9]. Wesentlich ist, dass nach dem VG GR die Amtspflichtverletzung identisch ist mit der Anspruchsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit der Staatshaftung (VG GR 8,9). Dieser Umstand rührt daher, dass die Regelung der bündnerischen Verantwortlichkeit des Gemeinwesens dem Prinzip der primären Staatshaftung[10] folgt. Die Verantwortlichkeitsbereiche von Beamten und Staat decken sich.

---

6 Darunter sind etwa individuell angeordnete oder mündlich auferlegte Amtspflichten zu verstehen.
7 BOTSCHAFT VG/GR 20.
8 Vgl. auch PKG (1967) Nr. 1 S. 20.
9 Vorn § 7 V. 2.1.
10 Vorn § 6 II. 2.3.

II. DIE HAFTUNG DES BEAMTEN BEI FEHLENDER URTEILSFÄHIGKEIT (VG GR 6)

Als Besonderheit gegenüber anderen kantonalen Amtshaftungsordnungen bestimmt das VG GR in Art. 6, dass die Mitglieder von Behörden und Beamte aus Billigkeit auch bei nachträglich festgestellter Urteilsunfähigkeit zu teilweisem oder vollständigem Ersatz des verursachten Schadens verurteilt werden können. Aus der systematischen Stellung von VG GR 6[11] geht hervor, dass diese Bestimmung nur für die Beamtenhaftung bei direkter Schädigung des Gemeinwesens gilt. Schädigt ein staatlicher Funktionär im Zustand der Urteilsunfähigkeit rechtswidrig Drittpersonen, steht diesen gegenüber dem Gemeinwesen kein Ersatzanspruch zu. Es fehlt am Verschulden als Anspruchsvoraussetzung. Aus dieser Regelung kann ein weiteres Indiz dafür gewonnen werden, dass es dem Gesetzgeber bei der Legiferierung der bündnerischen Amtshaftung vorrangig darum ging, die Staatskasse nicht mit Kosten infolge von Schädigungen durch die Beamten zu belasten. Die Interessen der Bürger werden erst in zweiter Linie berücksichtigt.

---

11 VG GR 6 fällt unter die Marginale III "Haftung der Beamten gegenüber den Körperschaften". Sie regelt - im Gegensatz zu Marginale V - die Verantwortlichkeit des Beamten für direkte Schädigung des Gemeinwesens. - VG GR 6 muss i.V.m. VG GR 16 betrachtet werden. VG GR 16 stellt die Umkehrung von VG GR 6 dar, indem dem Richter die Möglichkeit eingeräumt wird, den fehlbaren Beamten ganz oder teilweise von Ersatzleistungen zu entbinden, sofern der Amtswalter dadurch in eine Notlage geraten würde. VG GR 16 ist gesetzestechnisch jedoch unter die Marginale VII eingeordnet, deren Bestimmungen sowohl für die Beamtenhaftung aus direkter wie indirekter Schädigung des Gemeinwesens anwendbar sind. Die ganze Problematik ergibt sich durch die vom Kantonsrat gegenüber dem regierungsrätlichen Entwurf vorgenommenen Aenderungen, worauf hier nicht näher eingegangen wird.

III. DIE DECKUNG DES SCHADENS - RÜCKGRIFF

Gemäss dem bündnerischen VG decken sich der Verantwortungsbereich der Beamten und derjenige des Staates. Für beide Haftungsmodelle bestehen identische Anspruchsvoraussetzungen. Das Gemeinwesen hat also die Möglichkeit, sich vollumfänglich am fehlbaren Beamten schadlos zu halten. Bei der Beamtenhaftung für direkte Schädigung des Gemeinwesens verwendet das Gesetz den Ausdruck "Deckung des Schadens" (VG GR 7). Bei der Beamtenhaftung für indirekte Schädigung der öffentlichen Hand spricht der Erlass von "Rückgriff" (VG GR 12). Die Mittel, auf welche die öffentliche Hand greifen kann, sind in beiden Fällen die gleichen (VG GR 7 bzw. 12 Abs. 2).

Aus welchen Mitteln der Beamte, der das Gemeinwesen geschädigt hat oder dessen Fehlleistungen den Staat zu Schadenersatzleistungen verpflichten, die öffentliche Hand deckt, ist dem Gemeinwesen gleichgültig. In erster Linie dienen dazu Amtskautionen [12] und sonstige Sicherheitsleistungen [13]. Ferner können auch Ansprüche auf Lohn [14] und lohnähnliche Zahlungen [15] verrechnet

---

12 Für die Beamten des Kantons vgl.: Amtskautionen des kantonalen Personals (vom 31.8.1963), BR 170.490.

13 Vgl. z.B.: Kautionen der Beamten und Angestellten der Grundbuchverwaltung (vom 20.4.1917), BR 217.700.

14 Durch die Verrechnung des Schadenersatzanspruches mit einem Lohnguthaben des belangten Beamten wird dieser in die Rolle des Klägers verwiesen. In BGE 86 (1970) I 179 E. 2 und BGE 89 (1963) I 417f. hat das BGer. diese Praxis gutgeheissen. In BGE 102 (1976) Ia 107 erwähnt das BGer. jedoch, man könne sich fragen, ob an dieser Rechtsprechung festzuhalten sei. Die Frage wurde offengelassen.

15 Z.B. Spesenersatz, Entschädigung für das Halten eines Autos. - Im Gegensatz etwa zu HG ZH 17 Abs. 2 wird im VG GR nicht erwähnt, dass Ansprüche auf Besoldung und lohnähnliche Zahlungen nur insoweit mit Schadenersatzforderungen verrechnet werden dürfen, als sie nicht der Zwangsvollstrekkung entzogen sind.

werden. Weiter kann die geschädigte Körperschaft, die für den Fehlbaren Beiträge an eine Versicherungskasse geleistet hat, zur Deckung des Schadens auf laufende und anwartschaftliche Renten, Sparguthaben, Abfindungssummen, Rückkaufswerte usw. greifen (VG GR 7 Abs. 3) [16/17].

IV. BESONDERE FÄLLE

1. DIE HAFTUNG VON KOLLEGIALBEHÖRDEN (VG GR 17)

Kollegialbehörden sind Organe, deren Zuständigkeit von mehreren gleichgeordneten Personen wahrgenommen werden. Sie entscheiden nach Mehrheitsprinzip [18]. Kollegialbehörden sind beispielsweise der Grosse Rat, dessen Kommissionen, die Regierung oder die Kollegialgerichte.

Für die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit wird gemäss dem VG GR für Kollegialbehörden das Prinzip der Kollegialität durchbrochen. Die einzelnen Mitglieder der Behörde haften anteilmässig nach der Grösse ihres persönlichen Verschuldens. Jedes Mitglied ist berechtigt, zu Protokoll zu geben, dass es einem Beschluss der Kollegialbehörde nicht zugestimmt hat (VG GR 17 Abs. 3).

---

16 Vgl. BOTSCHAFT VG/GR 22; GRP (1944) 326.
17 Zum Regressrecht des Kantons, vgl.: PensionskassenVO (vom 28.5.1954), BR 170.490, Art. 61 Abs. 3f.; PersonalVO (vom 28.2.1956), BR 170.410, Art. 68.
18 Th.FLEINER, Grundzüge 408.

2. DIE HAFTUNG MEHRERER (VG GR 18)

Bei der Haftung Mehrerer - die nicht als Kollegialbehörde auftreten - unterscheidet das VG GR danach, ob die Beamten den Schaden "durch bewusstes Zusammenwirken" - was, einfacher ausgedrückt, wohl vorsätzlich bedeuten dürfte - gemeinsam verschuldet haben oder ob ihr Schadenakt nicht auf einem gemeinsamen Willensentschluss (VG GR 18 Abs. 2: "in allen übrigen Fällen") beruht. Im ersten Fall haften die Fehlbaren solidarisch i.S.v. OR 50 [19]. Beim zweiten Tatbestand haftet jeder Amtswalter anteilmässig für den Grad seines Verschuldens [20].

---

19 Vgl. zur Solidarität i.S.v. OR 50: K.OFTINGER I 338.

20 Zur Frage der Haftung mehrerer Beamten, die zueinander in einen Ueber- bzw. Unterordnungsverhältnis stehen, vgl. R.HOTZ 208ff..

BEMERKUNGEN ZUR STAATSHAFTUNG AUFGRUND DES VG GR

I. IM ALLGEMEINEN

Vom dogmatischen Standpunkt aus betrachtet, ist die Regelung der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit der bündnerischen Gemeinwesen zur Form der p r i m ä r e n Staatshaftung[1] zu zählen. Die öffentliche Hand haftet kraft Uebernahme der externen Beamtenverantwortlichkeit. Die Anspruchsvoraussetzungen der Staats- und Beamtenhaftung sind grundsätzlich identisch[2]. Gemäss dem VG GR bedeutet staatliches Unrecht daher: schuldhafte Amtspflichtverletzung.

Die bündnerische Amtshaftung (= Staats- und Beamtenhaftung) ist zwischen dem Kanton, den kantonalen Anstalten, den Bezirken und den Kreisen, Gemeinden sowie den übrigen öffentlichrechtlichen Körperschaften und Anstalten nach dem Grad des Verschuldens abgestuft[3]. Die erste Kategorie von Gemeinwesen (VG GR 8) und deren Funktionäre (VG GR 4) haften für jede schuldhafte Amtspflichtverletzung mit Schadenausgang. Die an zweiter Stelle genannten Körperschaften und Anstalten (VG GR 9) sowie deren Amts-

---

1 Vorn § 6 II. 2.3.

2 Unterschiedlich geregelt sind für die Beamtenhaftung und die Staatshaftung die Verjährung und die Verwirkung der Ansprüche (vgl. VG GR 13 bzw. 14). - Auf die Probleme der Fristberechnung wird hier nicht eingegangen. Vgl. zu den analogen Fragen im zürcherischen Amtshaftungsrecht: R.HOTZ 152ff., 199ff. (für die Beamtenhaftung); H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 158f. (für die Staatshaftung), 159f. (für die Beamtenhaftung).

3 Vgl. zur Abgrenzung zwischen der grob- und leichtfahrlässigen Amtspflichtverletzung nach der Praxis des KGer. GR: PKG (1971) Nr. 13 S. 56.

walter (VG GR 5) haben dagegen lediglich für vorsätzlich und grobfahrlässig angerichtete Schäden einzustehen, sofern sie innerhalb ihres haftungsrechtlichen Gestaltungsspielraums nicht eine andere Haftungsordnung vorsehen (VG GR 5 Abs. 2, VG GR 9 Abs. 2) [4]. Diese Regelung ist sachlich nicht gerechtfertigt und führt zu einer rechtsungleichen Behandlung der geschädigten Bürger.

Allgemein ist zu bemerken, dass die Regelung der bündnerischen Amtshaftung den Anliegen des in seinen Rechten verletzten Privaten - dem Interesse an einem umfassenden Rechtsschutz vor staatlichem Unrecht - nicht ausreichend Rechnung trägt. Vor allem ist die bündnerische Haftungsordnung mit der Idee der rechtsstaatlich [5] verstandenen vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des Gemeinwesens unvereinbar.

Ist von der Stellung des geschädigten Dritten die Rede, so ist auf VG GR 15 hinzuweisen. Dieser Artikel hält nicht eine Anspruchsvoraussetzung [6] der Verantwortlichkeitsklage fest. Er umschreibt einen Aspekt des Selbstverschuldens des Geschädigten.

Nicht in den Geltungsbereich der Staatshaftung aufgrund des VG GR fällt die Verantwortlichkeit des Gemeinwesens gegenüber Personen, die unbegründet in Untersuchungshaft gesetzt werden (VG GR 22 Abs. 1) [7]. Vorbehalten sind ferner die Vorschriften des Bundesrechts, welche die Haftung der Behörden und Beamten für

---

4 Vgl. vorn § 21 II. 2.2.
5 Vorn § 7 V. 4.1.1; § 17.
6 Wie W.ZEHNTNER 38 FN 87 unzutreffend bemerkt, vgl. vorn § 7 FN 36.
7 Vgl. dazu StPO GR 83.

ihre Amtshandlungen sowie die Haftung des Kantons, der Kreise und Gemeinden für ihre Behörden und Beamten regeln (VG GR 22 Abs. 2) [8].

Weitere Bemerkungen zur Charakteristik der bündnerischen Staatshaftung erübrigen sich. Die Merkmale der primären Staatshaftung wurden im Allgemeinen Teil der Arbeit erörtert.

Die folgende römische Ziffer befasst sich in Form eines Exkurses mit der Frage der (Staats-)Haftung aus dem Spitalbetrieb des Rätischen Kantons- und Regionalspitals Chur.

II. EXKURS: ZUR HAFTUNG DES RÄTISCHEN KANTONS- UND REGIONALSPITALS CHUR (RKRSP)

1. DAS UNTERSUCHTE SCHÄDIGUNGSPOTENTIAL

Zur Frage der Rechtsstellung des Patienten im öffentlichen Spital im allgemeinen kann auf zwei neue Dissertationen [9] verwiesen werden. Beide befassen sich mit diesem Problemkreis. Hier wird lediglich die Haftpflicht erörtert, welche sich aus dem allgemeinen Behandlungsverhältnis im RKRSP ergeben kann. Nicht eingegangen wird auf die analogen Fragen aus dem medizinischen Behandlungsverhältnis zwischen Chefärzten und Privatpatienten, in welchem die Aerzte ihre Patienten in eigenem Namen und auf eigene Rechnung behandeln [10].

---

8 Siehe dazu vorn § 3 FN 41.

9 Vgl. J.KELLER; J.GROSS 62ff.. Ferner R.BOLLIGER 57ff..

10 Vgl. dazu: J.GROSS 63 bei FN 171; J.KELLER 191ff. (mit Hinweis auf die Judikatur). - Im RKRSP ist es den Chefärzten gestattet, eine Sprechstundenpraxis im Spital zu führen. Für die Benützung der notwendigen Räume und die Mithilfe des Personals entschädigen sie das Spital prozentual aus der Sprechstundenpraxis anfallenden Bruttoeinnahmen (Auskunft der Direktion des RKRSP vom 14.11.1977).

2. DIE RECHTLICHE AUSGANGSLAGE

2.1 Die Praxis des Bundesgerichts

Nach konstanter Bundesgerichtspraxis[11] wird die Krankenbetreuung in öffentlichen Krankenhäusern und namentlich die ärztliche Berufsausübung in öffentlichen Spitälern nicht den gewerblichen Verrichtungen i.S.v. OR 61 Abs. 2 zugerechnet, sondern als hoheitliche Staatstätigkeit betrachtet. Dabei wertet das Bundesgericht die Rechtsgestalt, d.h. die Rechtsnatur der Organisationsform des Spitals als Indiz für oder gegen die öffentlichrechtliche Natur des Benützungsverhältnisses. Ferner sieht es die rechtliche Zuordnung des Behandlungsverhältnisses auch in Abhängigkeit von der Art der rechtlichen Beziehung Patient - Spital[12]. Wo das Benützungsverhältnis weitgehend einseitig durch den Staat als Träger des Spitals reglementiert sei, bleibe kein Platz für eine privatrechtliche (= vertragliche) Gestaltung. Das Gericht zieht zur Beurteilung der Rechtslage also Merkmale der Subjektionstheorie[13] heran.

Die Unterstellung des Benützungsverhältnisses im öffentlichen Spital unter das öffentliche Recht ist sachlich gerechtfertigt und wird auch von der Doktrin[14] weitgehend gutgeheissen. Gerade wenn man an die Haftungsgrund-

---

11 Vgl. BGE 102 (1976) II 45ff. (mit Hinweisen auf die Judikatur und Doktrin). I.gl.S.: BlZR 76 (1977) Nr. 43.
12 Vgl. BGE 98 (1972) I 508ff.; BGE 102 (1976) II 47; J.GROSS 118.
13 Siehe vorn § 3 I. 4.2 bei FN 47.
14 Vgl. z.B.: Th.FLEINER, Grundzüge 319; J.GROSS 119f.; J.KELLER 156. Den Spitalbetrieb als gewerbliche Verrichtung beurteilt z.B.: H.R.SCHWARZENBACH, Staats- und Beamtenhaftung 93.

sätze der rechtsstaatlich [15] verstandenen Staatshaftung und damit verbunden an das Prinzip der Funktionsreinheit [16] denkt, ist der öffentliche Rechtsschutz für den Geschädigten einfacher und besser als der privatrechtliche.

2.2 Die Praxis des Kantonsgerichts Graubünden

In PKG (1951) Nr. 12 S. 37ff. hat das Kantonsgericht die bundesgerichtliche Rechtsprechung abgelehnt. Es hat die Verantwortlichkeit aus dem Benützungsverhältnis im RKRSP dem Privatrecht unterstellt und die Bestimmungen des VG GR als nicht anwendbar erklärt. Im wesentlichen begründete das Kantonsgericht seinen Entscheid damit:

> Ueber die Rechtsnatur des RKRSP bestünden verschiedene Ansichten. Die Frage müsse im Urteil freilich nicht endgültig entschieden werden, weil es dem RKRSP an der "Ausstattung mit öffentlichrechtlichen Privilegien" fehle, "wozu insbesondere die Verleihung eines öffentlichrechtlichen Verwaltungszwanges und der Beamtencharakter der Organe zu zählen wäre". Man müsse der Rechtswirklichkeit Gewalt antun, wollte man die bundesgerichtliche Praxis ohne weiteres auf das Benützungsverhältnis im RKRSP anwenden. Das Spital sei nicht in erster Linie mit öffentlichen Mitteln errichtet worden. Es sei auch zu bedenken, dass das Spitalwesen nicht ausschliesslich eine staatliche Angelegenheit sei. Vielmehr würden sich in diesem Bereich die privaten und staatlichen Bemühungen segensreich ergänzen.

---

15 Vorn § 7 V. 4.1.1; § 17.
16 Vorn § 3 I. 3. bei FN 34.

3. ZUR RECHTSNATUR DES RKRSP[17)]

3.1 Vorbemerkungen

Im Sinne eines Zwischenergebnisses ist festzuhalten:

Das Bundesgericht unterstellt das Benützungsverhältnis im öffentlichen Spital und die daraus resultierenden Haftungsfragen grundsätzlich dem öffentlichen Recht. Es rechnet die Krankenbetreuung zu den hoheitlichen Verrichtungen i.S.v. OR 61 Abs. 1.

Welche Normen auf die Verantwortlichkeit aus dem Spitalbetrieb öffentlicher Spitäler anwendbar sind, bestimmt sich daher aufgrund des kantonalen Rechts. Der Kanton kann die Spitalhaftpflicht der kantonalen Amtshaftungsordnung unterstellen oder hiefür auf OR 41ff. verweisen. Das Bundesprivatrecht gilt dann als kantonales öffentliches Recht[18)]. Fehlt es im kantonalen Recht an einer Haftungsregelung für die öffentlichen Spitäler, gilt für die Verantwortlichkeit der im Spital Bediensteten das Bundeszivilrecht. Entscheidet die kantonale Rechtsprechung, die Ausübung des Arztberufes in öffentlichen Spitälern durch Aerzte als Beamte stelle keine hoheitliche Staatstätigkeit dar, erachtet sich das Bundesgericht an diese Auslegung des kantonalen Rechts gebunden[19)]. Die Folge ist, dass sowohl das Gemeinwesen als Spitalträger im Rahmen von ZGB 55 Abs. 2 oder eventuell aufgrund von OR 55 wie auch die Aerzte gemäss OR 41ff. nach Bundeszivilrecht verantwortlich werden.

---

17 Organisationsreglement des Rätischen Kantons- und Regionalspitals Chur (vom 12.12./27.12.1973), BR 506.600.

18 Zu den verfahrensrechtlichen Folgen vorn § 5 II. 2.1 a.E..

19 BGE 101 (1976) II 185.

In den sachlichen Geltungsbereich des VG GR fallen Rechtsträger, welche hoheitliche Verrichtungen wahrnehmen, sofern sie in öffentlichrechtlichen Rechtsformen organisiert sind[20]. Damit die Haftung des RKRSP der Regelung des VG GR untersteht, muss es demnach primär einen öffentlichrechtlichen Rechtsträger darstellen. Dies ist im folgenden zu prüfen.

3.2 Wesen und Aufbau des RKRSP

Das Organisationsreglement des RKRSP [21] bezeichnet das Spital als eine selbständige Stiftung des öffentlichen Rechts mit Sitz in Chur "im Sinne der Stiftungsurkunde des Kantons Graubünden und der Stadt Chur vom 3. April 1937 (revidiert am 23. September 1955 und 19. März 1973)". Das RKRSP steht unter der Oberaufsicht der Regierung[22]. Sein Zweck besteht in der Aufnahme körperlich Kranker zur ärztlichen Behandlung und Pflege. Kantonsangehörige erhalten den Vorzug [23]. Der Betrieb des Spitals ist wirtschaftlich auf gemeinnütziger Grundlage zu führen [24].

Oberstes Organ des Kantonsspitals ist der Stiftungsrat. Er setzt sich aus 21 Mitgliedern zusammen, wobei der Vorsteher des Santitätsdepartements, ein weiteres Mitglied der Regierung und der Stadtpräsident von Chur von Amtes wegen Einsitz in den Stiftungsrat nehmen. Darüber hinaus wählen die Regierung 11, die Stadt Chur 4 und der Stiftungsrat 3

---

20 Vgl. vorn § 24 (Vorbemerkungen).
21 BR 506.600.
22 Organisationsreglement des RKRSP Art. 3, BR 506.600.
23 Organisationsreglement des RKRSP Art. 2 Abs. 1, BR 506.600.
24 Organisationsreglement des RKRSP Art. 15, BR 506.600.

Mitglieder[25]. Zu den Obliegenheiten des Stiftungsrates gehören u.a. [26] die Wahl der Betriebskommission, welche die laufenden administrativen Geschäfte erledigt[27]. In Wahlen und Abstimmungen des Stiftungsrates steht bei Stimmengleichheit dem Präsidenten der Stichentscheid zu [28].

In die Kompetenz der Betriebskommission fällt u.a. die Wahl des Spitaldirektors, der Chefärzte, des Chefapothekers, der leitenden Aerzte, Oberärzte, Assistenten und leitenden Angestellten[29].

Die Betriebskosten des RKRSP werden primär durch Leistungen der Patienten, Krankenkassen, Versicherungen, wohltätigen Institutionen und Beiträge aus dem Freibettenfonds [30], Bundes- und Kantonsbeiträge gedeckt [31]. Der Kanton übernimmt als Betriebsbeitrag vollumfänglich das Defizit des engeren Betriebsergebnisses (Differenz zwischen Betriebsertrag und Betriebsaufwand [32]) [33]. An anerkannte Bau- und Errichtungskosten des RKRSP "als medizinisches Zentrum von Graubünden" leistet der Kanton 30 bis 70% [34].

---

25 Organisationsreglement des RKRSP Art. 4, BR 506.600.
26 Organisationsreglement des RKRSP Art. 8 lit. c, BR 506.600.
27 Organisationsreglement des RKRSP Art. 9 Abs. 1, BR 506.600.
28 Organisationsreglement des RKRSP Art. 6 Abs. 6, BR 506.600.
29 Organisationsreglement des RKRSP Art. 11 Abs. 2 lit. d, BR 506.600.
30 Vgl. Stiftungsurkunde (vom 3.4.1937/23.9.1955/19.3.1973), II B, S. 3 (nicht im BR).
31 Vgl. Organisationsreglement des RKRSP Art. 31, BR 506.600.
32 Vgl. zur Berechnung des engeren Betriebsergebnisses: Art. 9 der VVO zum Krankenpflegegesetz (vom 19.5.1964), BR 506.050.
33 Krankenpflegegesetz (vom 25.10.1964), Art. 8, BR 506.000.
34 Krankenpflegegesetz Art. 4 Abs. 1, BR 506.000.

Soweit der skizzenhafte Ueberblick über Wesen und Aufbau des RKRSP aufgrund des Organisationsreglementes des Kantonsspitals [35].

Wie PKG (1951) Nr. 11 S. 35f. durchblicken lässt, bestand damals offenbar wenig Klarheit über die Organisationsform des RKRSP. In diese Unklarheiten scheint das Organisationsreglement nun Licht gebracht zu haben. Aus Gesprächen mit den zuständigen kantonalen Amtsstellen ist jedoch hervorgegangen, dass nach wie vor nicht völlige Einigkeit in der Frage besteht, ob das RKRSP wirklich eine öffentlichrechtliche Stiftung des kantonalen Rechts ist. Deshalb wird im folgenden kurz auf die Stiftungsurkunde, auf welche sich das Organisationsreglement in Art. 1 bezieht, und soweit erforderlich auf die Entstehungsgeschichte [36] des RKRSP eingegangen.

3.3 Die Stiftungsurkunde des RKRSP vom 3.4.1937/23.9.1955/19.3.1973

In der Stiftungsurkunde wird erwähnt, dass die bevollmächtigten Vertreter im Namen und Willen ihrer Auftraggeber, nämlich der Stadt Chur und des Kantons Graubünden, unter dem Namen "Rätisches Kantons- und Regionalspital" eine selbständige Stiftung des öffentlichen Rechts mit Sitz in Chur errichten. Der Zweck, die Organisation und Verwaltung des RKRSP wird den Grundzügen nach in derselben Form umschrieben, wie sie im Organisationsreglement widergegeben sind. Das Stiftungsvermögen setzt sich aus den folgenden Mitteln zusammen:

---

35 BR 506.600.
36 Vgl. zur Entstehungsgeschichte: N.MARKOFF (durchgehend).

- Fonds für die Errichtung des Kantonsspitals in Chur, beim Kanton angelegt	Fr. 3'170'000.--
- Loestiftung, beim Kanton angelegt	Fr. 620'000.--
- Baubeitrag des Kantons Graubünden gemäss Beschluss des Grossen Rates vom 26. November 1936	Fr. 95'000.--
- Baubeitrag der Stadt Chur gemäss Volksabstimmung vom 10. Januar 1937	Fr. 1'200'000.--
	Fr. 5'085'000.--

Zum Baubeitrag des Kantons Graubünden gemäss Beschluss des Grossen Rates vom 26. November 1936 ist zu bemerken:

Bis die Regierung mit Grossratsbeschluss vom 26. November 1936 [37] beauftragt wurde, "der zu bildenden S p i t a l k o r p o r a t i o n beizutreten und darin die Interessen des Kantons zu wahren" [38], beschäftigten die Regierung und das Sanitätsdepartement die Vorarbeiten zur Errichtung des RKRSP während sieben Jahren [39]. In der Endphase dieser Vorarbeiten beantragte die Regierung u.a. [40], der Grosse Rat möge beschliessen, an den Bau der zu bildenden Spitalkorporation einen einmaligen Baubeitrag von Fr. 100'000.-- als Eigenleistung des Kantons und

---

37 Publiziert in: AS GR 9 (1935-1945) 235f..
38 AS GR 9 (1935-1945) 236 (Pkt. 2), Hervorhebung durch mich.
39 Vgl.: Botschaft des Kleinen Rates (vom 30.10.1936) an den Grossen Rat betr. die Errichtung des RKRSP, S. 214, in: Botschaft des Kleinen Rates an den hochlöblichen Grossen Rat 1936.
40 Botschaft des Kleinen Rates (vom 30.10.1936) an den Grossen Rat betr. die Errichtung des RKRSP, S. 236f..

einen jährlichen Beitrag von Fr. 20'000.-- zur Deckung an den eventuellen Betriebsausfall zu gewähren.

Die die Vorlage vorberatende Kommission stellte dem Grossen Rat u.a. den Antrag [41], der einmalige Baukostenbeitrag an die zu errichtende Spitalkorporation sei aus referendumstechnischen Gründen [42] auf Fr. 95'000.-- zu reduzieren. Ferner sei die Entscheidung über die Ausrichtung eines kantonalen jährlichen Beitrages von Fr. 20'000.-- an die Deckung eines eventuellen Betriebsausfalles i.S.v. KV GR Art. 2 Abs. 2 Ziff. 7 der Volksabstimmung zu unterbreiten. Mit Beschluss vom 26. November 1936 hiess der Grosse Rat diese Anträge der Kommission gut [43].

Auffallend ist nun, dass, obwohl der Grosse Rat beschloss, den jährlichen Kantonsbeitrag von Fr. 20'000.-- zur Dekkung eines eventuellen Defizits des Spitalbetriebes der Volksabstimmung vorzulegen, dieser Punkt in der AS GR [44] nicht publiziert wurde im Gegensatz zu allen übrigen vom Grossen Rat gefassten Beschlüsse. Weshalb dies unterlassen wurde, ist unerklärlich.

Eine kantonale Volksabstimmung fand nicht statt und weder in der Stiftungsurkunde noch im ersten Organisationsreglement des RKRSP[45] wird der jährliche Kantonsbeitrag von Fr. 20'000.-- erwähnt.

---

41 GRP (1936) 158f.
42 Damals unterlagen Grossratsbeschlüsse, welche eine neue Ausgabe von Fr. 100'000.-- oder mehr zur Folge hatten, der Volksabstimmung, vgl. RB S. 1 (KV GR Art. 2 Abs. 2 Ziff. 6).
43 GRP (1936) 183.
44 Vgl. AS GR 9 (1935-1945) 236 i.V.m. GRP (1936) 158f., 183.
45 Publiziert in: AS GR 9 (1935-1945) 252ff..

Am 20. Februar 1937 beschloss der Kleine Rat (heute Regierung genannt[46]), "auf Grund eines mündlichen Berichts des Vorstehers des Erziehungs- und Sanitätsdepartements und eines Gutachtens von Universitätsprofessor Dr. Giacometti, Zürich"[47] das RKRSP entgegen dem Beschluss des Grossen Rates[48] nicht in Form einer Korporation, sondern in Form einer selbständigen Stiftung des öffentlichen Rechts zu errichten.

Zusammenfassend ist festzuhalten:

Die Errichtung des RKRSP stützt sich vorschriftsgemäss auf eine gesetzliche Grundlage ab. Zwar entspricht ihre Rechtsform nicht derjenigen, welche im Grossratsbeschluss vorgesehen wurde, doch kann über die letztlich bloss geringfügigen "Unregelmässigkeiten" hinweggesehen werden.

4. DIE HAFTUNGSVERHÄLTNISSE AUS DEM ALLGEMEINEN BENÜTZUNGSVERHÄLTNIS DES RKRSP

Das RKRSP ist eine selbständige Stiftung des kantonalen öffentlichen Rechts. Es ist nicht im Handelsregister eingetragen. Aus dem Wesen und Aufbau[49] des Spitals ergibt sich, dass die anstaltliche Tätigkeit in den Bereich der kantonalen schlichten Hoheitsverwaltung[50] fällt. Die in PKG (1951)

---

46 Vgl. vorn § 20 FN 1.
47 Beschluss des Kleinen Rates des Kts. GR vom 20.2.1937, Protokoll Nr. 343, in: Kleinratsprotokolle (1937, II, Nr. 197-392, Februar).
48 Vgl. AS GR 9 (1935-1945) 235f. Pkt. 2.
49 Vorn § 28 II. 3.2.
50 Zum Begriff der "schlichten Hoheitsverwaltung" vorn § 10 III. 2.2.

Nr. 12 vom Kantonsgericht aufgeführten Argumente, wonach das Benützungsverhältnis im RKRSP dem Privatrecht zu unterstellen ist, sind nicht stichhaltig.

Es ist nicht zu übersehen, dass das RKRSP das "medizinische Zentrum von Graubünden"[51] darstellt. Die Regierung übt die Oberaufsicht über das Spital aus und bestimmt durch ihre Mehrheit im Stiftungsrat weitgehend die Geschicke des Betriebes. Ferner übernimmt der Kanton vollumfänglich das Defizit des engeren Betriebsergebnisses [52]. Diese Faktoren kennzeichnen die Spitalleistungen als die Erfüllung einer öffentlichen kantonalen Aufgabe.

Der Patient tritt mit Aufnahme im Spital in ein Verhältnis, das einseitig geregelt ist. Die Taxordnung wird durch die Betriebskommission festgelegt [53]. Für privatrechtliche Vereinbarungen ist kein Raum. Die Spitaldirektion kann Verfügungen erlassen. Der Spitaldirektor, die Chefärzte, die leitenden Aerzte, Oberärzte, Assistenten und leitenden Angestellten [54] unterstehen ferner der kantonalen Personalverordnung [55], soweit ihre Rechte und Pflichten nicht ausdrücklich durch die Anstellungsverträge geregelt sind [56/57].

Diese Indizien deuten gesamthaft daraufhin, dass es sich beim Benützungsverhältnis im RKRSP um ein Subordinations-

---

51 Krankenpflegegesetz Art. 4 Abs. 1, BR 506.000.
52 Krankenpflegegesetz Art. 8, BR 506.000.
53 Auskunft der Spitaldirektion vom 14.11.1977.
54 Gemäss Organisationsreglement des RKRSP Art. 11 Abs. 2 lit. d.
55 Vgl. BR 170.400, BR 170.410.
56 Auskunft der Spitaldirektion vom 14.11.1977.
57 Für das Personal des RKRSP besteht ein Regulativ (vom März 1973, es soll 1978 neu gefasst werden), welches in Art. 11 Abs. 2 die interne Verantwortlichkeit regelt: "... Wer durch Absicht oder Fahrlässigkeit dem Spital Schaden zufügt, ist zu Schadenersatz verpflichtet".

verhältnis[58)] handelt. Das kantonale Recht kennt für die Haftung des Spitalträgers keine Spezialbestimmungen. Die Verantwortlichkeit richtet sich m.E. somit nach VG GR 4 bzw. 8[59)].

---

58 Vorn § 10 III. 2.2 bei FN 59; § 12 II..
59 Vgl. zur Entstehung und Entwicklung der Talschafts- und Regionalspitäler in GR die Schrift von R.JENNY.

DRITTER ABSCHNITT:

DIE RECHTSPRECHUNG DES KANTONSGERICHTS GRAUBÜNDEN ZUM VG GR

§ 29

DIE FORMELLRECHTLICHE SEITE DES VG GR

Auf eine eingehende Darstellung des Verfahrens wird hier verzichtet [1]. Alle Klagen aus dem VG GR werden im Zivilprozessverfahren [2] durchgeführt (VG GR 20 Abs. 1) [3]. Auf Besonderheiten hinsichtlich der Gerichtszuständigkeit weist VG GR 20 Abs. 2 hin. Bildet eine Amtspflichtverletzung den Gegenstand eines Strafprozesses, so kann die Beurteilung der Schadenersatzansprüche adhäsionsweise durch das Strafgericht erfolgen (VG GR 20 Abs. 3). Der Adhäsionsprozess [4] bedeutet die Vereinigung des zivil- und strafrechtlichen Klagepunktes in einem Verfahren. Damit sollen dem Geschädigten Umtriebe erspart bleiben.

---

1 Vgl. W.ZEHNTNER 100f..
2 Vgl. ZPO (BR 320.000).
3 Die Prorogation i.S.v. ZPO 36 ist jedoch bei Verantwortlichkeitsklagen gegen das Gemeinwesen aufgrund des VG GR nicht zulässig, vgl. PKG (1967) Nr. 5.
4 Vgl. StPO GR 129ff..

Der Verfahrensweg der Verantwortlichkeitsklage geht wie in den meisten Kantonen über die Zivilgerichte. Dies ist ein Relikt der Fiskustheorie [5] und sollte de lege ferenda überprüft werden. Die Zuweisung von Streitfällen aus dem Bereich der Amtshaftung auf den Verwaltungsprozessweg ist aus Gründen der Funktionsreinheit [6] zu begrüssen [7] und auch sachlich gerechtfertigt. Der öffentlichrechtliche Prozessweg ist vor allem für den geschädigten Bürger einfacher und weniger kostspielig als der privatrechtliche.

Zu erinnern ist, dass die Behandlung von Entschädigungsansprüchen aus rechtmässigen Handlungen öffentlichrechtlicher Körperschaften und Anstalten, soweit eine Ersatzpflicht besteht und keine andere Behörde bestimmt ist, schon heute in die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts [8] fällt. Es ist nicht einzusehen, weshalb künftig dieser Instanzenzug nicht auch für Schadenersatzansprüche aus widerrechtlichen Handlungen eingeschlagen werden kann.

---

5 Vgl. vorn § 5 I. 4. bei FN 38.
6 Vorn § 3 I. 3. bei FN 34.
7 Beispielsweise der Bund (vgl. VG des Bundes 10 Abs. 1) sieht für Klagen aufgrund des VG des Bundes den Verwaltungsprozess vor (OG 110ff.).
8 Vgl. VVG GR 14 lit. b.

DIE RECHTSPRECHUNG DES KANTONSGERICHTS GRAUBÜNDEN ZUM VG GR

Die in der PKG seit Inkrafttreten des VG GR publizierten [1] Amtshaftungsentscheide sind nicht zahlreich [2]. Sämtliche Urteile betreffen Staatshaftungsklagen. Die geringe Zahl an Urteilen mag sich dadurch erklären, dass im Stande Graubünden äusserst pflichtbewusste Amtswalter tätig sind. Möglicherweise hat der Bürger aber auch eine gewisse Scheu, sich mit der öffentlichen Hand und indirekt mit dem staatlichen Funktionär anzulegen, den er in kleineren Gemeinwesen gar persönlich kennt. Nicht zu vergessen ist ferner, dass die Anspruchsvoraussetzungen der bündnerischen Staatshaftungsklage die Stellung des geschädigten Bürgers nicht begünstigt. Im steht tatsächlich nur in Fällen gravierender Amtspflichtvergehen eine Klagemöglichkeit zu. Das gilt zumindest gegenüber den Gemeinwesen i.S.v. VG GR 9.

Die Tatsache, dass bisher nur eine geringe Zahl von Staatshaftungsfällen das Kantonsgericht beschäftigt hat, darf nicht dahingehend interpretiert werden, dass das VG GR dem geschädigten Bürger ausreichenden Haftpflichtschutz gewährt. Dieser Umstand lässt eher auf das Gegenteil schliessen.

---

1 Vgl. PKG (1957) Nr. 11; PKG (1959) Nr. 10, S. 57; PKG (1967) Nr. 1; PKG (1967) Nr. 5; PKG (1971) Nr. 13.

2 Nicht in den PKG publiziert ist das Schiedsurteil des KGer. GR (vom 21./22.6.1967, Staatshaftungsklage) i.S. A.M. Obrecht c. Stadtgemeinde Maienfeld, vgl. dazu PKG (1969) Nr. 5.

VIERTER ABSCHNITT:

ÜBERBLICK UND AUSBLICK

§ 31

ÜBERBLICK UND AUSBLICK

Das VG GR ist durch die Ausgestaltung der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des Gemeinwesens in Form der primären Staatshaftung[1] gekennzeichnet. Vom dogmatischen Standpunkt aus betrachtet, weist die bündnerische Amtshaftungsordnung demnach einen "reliktischen" Entwicklungszustand auf. Sie stimmt deshalb auch nicht mit den Zielen überein, welche über das Gebot der Rechtsstaatlichkeit verfassungsrechtlich angestrebt werden[2]. Die Grundsätze, die bei der Verwirklichung einer rechtsstaatlich verstandenen Amtshaftungsgesetzgebung in Betracht fallen, sind im Allgemeinen Teil der Arbeit widergegeben[3].

Im Rechtsstaat hat der Bürger einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf eine umfassende Rechtsschutzgewährleistung gegenüber Beeinträchtigungen aus hoheitlichem Unrecht. Der bündnerische Gesetzgeber hat deshalb de lege ferenda dafür zu sorgen, dass das Verantwortlichkeitsgesetz derart ausgebaut wird, dass es diesem Anspruch gerecht wird.

---

1 Vorn § 6 II. 2.3.
2 Vgl. SCHLUSSBERICHT 171, 380; BERICHT 28f..
3 Vorn § 7 V. 4.1.1; § 17.

ANHANG I

GESETZ ÜBER DIE VERANTWORTLICHKEIT DER BEHÖRDEN UND BEAMTEN UND DIE HAFTUNG DER ÖFFENTLICH-RECHTLICHEN KÖRPERSCHAFTEN VOM 29. OKTOBER 1944 (VG GR, BR 170.050)

I. Geltungsbereich
1. sachlicher

Art. 1. Die Behörden und Beamten des Kantons, der Bezirke, Kreise und Gemeinden sowie der übrigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften und selbständigen Anstalten sind verpflichtet, die ihnen gemäss Verfassung und Gesetz sowie durch sonstige Vorschriften oder spezielle Weisungen auferlegten Pflichten gewissenhaft zu erfüllen.

Für eine Verletzung ihrer Amtspflichten sind sie nach den Bestimmungen dieses Gesetzes verantwortlich.

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit beurteilt sich nach dem Strafrecht des Bundes und des Kantons.

Für die disziplinarische Verantwortlichkeit gelten die Vorschriften der bezüglichen Spezialgesetze und -erlasse.

2. persönlicher

Art. 2. Als Beamte im Sinne dieses Gesetzes gelten alle Personen, die auf Grund eines öffentlich-rechtlichen Aktes zur Ausübung amtlicher Funktionen berufen sind.

II. Parlamentarische Immunität

Art. 3. Die Mitglieder des Grossen Rates sind für ihre im Rate oder in dessen Kommissionen abgegebenen Voten und ihre Stimmgebung nicht verantwortlich.

III. Haftung der Beamten gegenüber den Körperschaften
1. Bei Kanton und Bezirken

Art. 4. Die Behörden und Beamten des Kantons, der kantonalen Anstalten und der Bezirke sind diesen für den Schaden aus schuldhafter Verletzung oder Vernachlässigung ihrer Dienstpflicht haftbar.

Art. 5. Die Behörden und Beamten der Kreise, Gemeinden und der übrigen selbständigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten sind diesen für den Schaden aus absichtlicher oder grobfahrlässiger Verletzung oder Vernachlässigung ihrer Dienstpflicht haftbar.

2. bei den übrigen Körperschaften

Die Kreise, Gemeinden und übrigen selbständigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften können auf dem Wege der Gesetzgebung oder durch die Statuten die Verantwortlichkeit ihrer Behörden und Beamten auch auf leichte Fahrlässigkeit ausdehnen.

Art. 6. Die Mitglieder von Behörden und Beamte können aus Billigkeit auch bei nachträglich festgestellter Urteilsunfähigkeit zu teilweisem oder vollständigem Ersatz des verursachten Schadens verurteilt werden.

3. Haftung bei fehlender Urteilsfähigkeit

Art. 7. Zur Deckung des Schadens dienen in erster Linie Amtskautionen und sonstige Sicherheitsleistungen.

4. Deckung des Schadens

Ansprüche auf Lohn und lohnähnliche Zahlungen können verrechnet werden.

Die geschädigte Körperschaft, die für den Ersatzpflichtigen Beiträge an eine Versicherungskasse geleistet hat, ist ferner berechtigt, auf dessen Guthaben gegenüber der Kasse, wie laufende und anwartschaftliche Renten, Sparguthaben, Abfindungssummen, Rückkaufswerte usw. zu greifen.

Art. 8 Der Kanton, die kantonalen Anstalten und die Bezirke sind pflichtig, für Schaden Ersatz zu leisten, der Dritten durch ihre Behörden und Beamten in Ausübung ihres Dienstes widerrechtlich, sei es absichtlich, sei es fahrlässig, zugefügt wird.

IV. Haftung der Körperschaften
1. des Kantons und der Bezirke

Art. 9 Die Kreise, Gemeinden und übrigen selbständigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten sind pflichtig, für den Schaden Ersatz zu leisten, der Dritten durch ihre Behörden und Beamten in Ausübung ihres Dienstes absichtlich oder grobfahrlässig zugefügt wird.

2. der übrigen Körperschaften

Sie können auf dem Wege der Gesetzgebung oder durch die Statuten ihre eigene Verantwortlichkeit auch auf leichte Fahrlässigkeit ausdehnen.

Art. 10. Die öffentlich-rechtlichen Körperschaften haben auch Genugtuungsleistungen zu übernehmen, falls die Voraussetzungen hiefür (Art. 49 OR) gegeben sind.

3. Genugtuungsleistungen

Art. 11. Das direkte Klagerecht des geschädigten Dritten gegen die fehlbaren Behörden und Beamten ist ausgeschlossen.

4. Ausschluss des direkten Klagerechts

Art. 12. Den öffentlich-rechtlichen Körperschaften steht gegenüber ihren Behörden und Beamten das Rückgriffsrecht zu.

V. Rückgriff

Sie besitzen dabei das Recht, zu ihrer Dekkung Vermögenswerte des fehlbaren Behördemitgliedes oder Beamten im Sinne von Art. 7 heranzuziehen.

Das nämliche Rückgriffsrecht der öffentlich-rechtlichen Körperschaften besteht gegenüber ihren Vertretern im Verwaltungsrat und in der Kontrollstelle von Aktiengesellschaften und Genossenschaften im Sinne der Art. 762 und 926 OR.

Art. 13. Der Anspruch auf Schadenersatz verjährt in einem Jahr von dem Tage an, da der Geschädigte Kenntnis von der Schädigung erlangt hat, jedenfalls aber mit dem Ablauf von zehn Jahren vom Tage der schädigenden Amtspflichtverletzung an gerechnet.

VI. Verjährung
1. der Haftpflicht

Wird jedoch die Klage aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für die das Strafrecht eine längere Verjährung vorschreibt, so gilt diese auch für den Zivilanspruch.

Art. 14. Das Rückgriffsrecht der öffentlich-rechtlichen Körperschaften gegenüber den Behördemitgliedern und Beamten verjährt mit Ablauf eines Jahres, nachdem die Haftbarkeit der öffentlich-rechtlichen Körperschaft durch Gerichtsurteil oder gerichtlichen Vergleich ermittelt ist, jedenfalls aber mit dem Ablauf von zehn Jahren von der Feststellung oder Anerkennung der Haftbarkeit an.

2. des Rückgriffs

Art. 15. Sofern der Geschädigte den Schaden durch die Anwendung von Rechtsmitteln oder Rechtsbehelfen hätte verhindern oder gutmachen können und dies unterlassen hat, bestimmt der Richter nach freiem Ermessen, ob und in welchem Umfang die Klage zu schützen ist.

VII. Reduktion der Haftung durch den Richter
1. bei Mitverschulden des Geschädigten

Art. 16. Der Richter kann, wenn die Umstände es rechtfertigen, die Ersatzpflicht der Behördemitglieder und Beamten ermässigen, besonders bei leichtem Verschulden oder wenn der Haftbare durch den Ersatz des gesamten Schadens in eine Notlage geraten würde.

2. aus Billigkeit

Art. 17. Für den durch eine Kollegialbehörde verursachten Schaden haften die beteiligten Mitglieder persönlich.

Der Umfang der Haftung eines jeden Mitgliedes bestimmt sich nach dem Grade seines Verschuldens.

Jedes Mitglied ist berechtigt, zu Protokoll zu erklären, dass es einem Beschluss nicht zugestimmt hat.

VIII. Besondere Fälle
1. Haftung von Kollegialbehörden

Art. 18. Haben mehrere Behörden, Behördemitglieder oder Beamte den Schaden durch bewusstes Zusammenwirken gemeinsam verschuldet, so haften sie solidarisch.

In allen übrigen Fällen haftet jeder von ihnen für den dem Grad seines Verschuldens entsprechenden Anteil.

Bei solidarischer Haftbarkeit bestimmt der Richter nach seinem Ermessen, ob und in welchem Umfang die Beteiligten Rückgriff gegeneinander haben.

2. Haftung Mehrerer

Art. 19. Den vom Rückgriff bedrohten Behördemitgliedern und Beamten steht im Prozess des geschädigten Dritten gegen die öffentlichrechtliche Körperschaft das Recht der Intervention zu.

IX. Verfahren
1. Intervention

Art. 20. Alle Klagen aus diesem Gesetz werden im Zivilprozessverfahren durchgeführt.

2. Gerichtsstand

Ebenso gelten für die Gerichtszuständigkeit die Bestimmungen der Zivilprozessordnung, jedoch mit der Ausnahme, dass Klagen, die gegen die Regierung und gegen die Anklagekammer, gegen Bezirks- oder Kreisgerichte sowie gegen einzelne Mitglieder dieser Behörden erhoben werden, vom Kantonsgericht, und Klagen, die gegen letzteres oder einzelne Mitglieder desselben geführt werden, vom Bundesgericht zu entscheiden sind.

Bildet eine Amtspflichtverletzung den Gegenstand eines Strafprozesses, so kann die Beurteilung der vermögensrechtlichen Ansprüche durch das Strafgericht adhäsionsweise erfolgen.

X. Schlussbestimmungen

1. Subsidiäres Recht

Art. 21. Soweit dieses Gesetz keine Vorschriften aufstellt, findet der Abschnitt des Obligationenrechts über die unerlaubten Handlungen (Art. 41 ff.) ergänzende Anwendung.

2. Vorbehalt eidgenössischen und kantonalen Rechts

Art. 22. Die durch Art. 83 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch vorgesehene Haftung des Staates gegenüber unbegründet in Untersuchungshaft Gezogenen wird durch das vorliegende Gesetz nicht berührt.

Vorbehalten sind auch die Vorschriften des Bundesrechts, welche eine vermögensrechtliche Haftung der Behörden und Beamten für ihre Amtshandlungen sowie eine Haftung des Kantons, der Kreise und Gemeinden für ihre Behörden und Beamten vorsehen.

3. Aufhebung bisherigen Rechts

Art. 23. Das Gesetz über die Verantwortlichkeit der Behörden, Beamten und öffentlichen Angestellten vom 16. November 1902 sowie alle kantonalen Vorschriften, welche mit den Bestimmungen des vorliegenden Gesetzes im Widerspruch stehen, werden mit seinem Inkrafttreten aufgehoben.

4. Inkrafttreten

Art. 24. Dieses Gesetz tritt mit seiner Annahme durch das Volk in Kraft.

ANHANG II

DIE RECHTSGRUNDLAGEN DER GELTENDEN AMTSHAFTUNGSORDNUNGEN IN BUND UND KANTONEN (STAND MITTE 1977)

VG des Bundes

BG über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz), vom 14.3.1958. - Vollziehungsverordnung zum Verantwortlichkeitsgesetz (vom 30.12.1958)

Textquellen: SR 170.32 - SR 170.321

HG ZH

Gesetz über die Haftung des Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behörden und Beamten (Haftungsgesetz), vom 14.9.1969

Textquelle: Zürcher Gesetzessammlung, Bd. 43 (1968-1970), S. 335ff.

VG BE

Gesetz über das Dienstverhältnis der Behördemitglieder und des Personals der bernischen Staatsverwaltung, vom 7.2.1954, Art. 38ff. (vgl. auch Art. 15 der Staatsverfassung des Kts. BE, vom 4.6.1863)

Textquelle: Gesetze,Dekrete und Verordnungen des Kts. BE, 1954, S. 6ff.

VG LU

Gesetz über das Dienstverhältnis der Behörden, Beamten und Angestellten (Beamtengesetz), vom 28.6.1948, §§ 34ff.

Textquelle: Gesetze und Dekrete für den Kt. LU, 14. Bd. (1947-1953), S. 79ff.

VG UR

Verfassung des Kts. UR, vom 6.5.1888, Art. 17; - Dienst- und Besoldungsverordnung für die Beamten und Angestellten des Kts. UR, vom 12.7.1962, Art. 18

Textquellen: Urner Rechtsbuch 1.1101
Urner Rechtsbuch 2.4211

VG SZ

Gesetz über die Haftung des Gemeinwesens und die Verantwortlichkeit seiner Funktionäre, vom 20.2.1970

Textquelle: Schwyzer Gesetzessammlung, Bd. 1, Nr. 102

VG OW

Verfassung des Kts. Unterwalden ob dem Wald, vom 19.5.1968, Art. 54 [1)]

Textquelle: Landbuch für den Kt. Obwalden, Bd. XIII, S. 1ff.

VG NW

Gesetz über die Haftung des Gemeinwesens und seiner Funktionäre (Haftungsgesetz), vom 25.4.1971

Textquelle: Ergänzungen zum Gesetzbuch von NW, Nr. 628

VG GL

Gesetz über die Behörden und Beamten des Kts. Glarus, vom 5.5.1946, Art. 32ff.

Textquelle: Gesetzessammlung des Kts. GL, Bd. 1, II/A/1/2

VG ZG [2)]

Gesetz über die Verantwortlichkeit der öffentlichen Behörden und Beamten und deren Abberufung, vom 29. 12.1931

Textquelle: Amtliche Sammlung der Gesetze und Verordnungen des Kts. ZG, XIII. Bd. (1931-1938), S. 3ff.

VG FR

Gesetz über das Dienstverhältnis der Staatsbeamten, vom 15.11.1951, Art. 17

Textquelle: Amtliche Sammlung der Gesetze, Dekrete und Beschlüsse des Kts. FR, Bd. 121 (1952), S. 117ff.

VG SO

Gesetz über die Haftung des Staates, der Gemeinden, der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und die Verantwortlichkeit der Behörden, Beamten und öffentlichen Angestellten und Arbeiter (Verantwortlichkeitsgesetz), vom 26.6.1966

Textquelle: Solothurnische Gesetzessammlung, Bd. 1.1, Nr. 124.21

VG BS

Gesetz betr. die Dienstverhältnisse der Beamten und Angestellten des Kts. BS sowie betr. die Haftbarkeit von Behörden und Staat (Beamtengesetz), vom 25.4.1968 (mit Aenderungen durch das Lohngesetz, vom 12.11.1970), §§ 33ff.

Textquelle: Sammlung der Gesetze und Beschlüsse für den Kt. BS, 48. Bd. der Basler Gesetzessammlung (1966-1968), (identisch mit dem 41. Bd. der NF für den Kt. BS), S. 857ff.

VG BL

Gesetz für die Verantwortlichkeit der Behörden und Beamten vom 25.11.1851, (vgl. auch § 29 der Staatsverfassung des Kts. BL, vom 4.4.1892)

Textquelle: Systematische Gesetzessammlung von BL, Bd. 1, Nr. 24

VG SH

Gesetz über das Dienstverhältnis des Staatspersonals (Personalgesetz), vom 26.10.1970, Art. 40; - EGzZGB SH, vom 27.6.1911, Art. 141-143; - Gesetz über das Gemeinwesen für den Kt. SH (Gemeindegesetz), vom 9.7. 1892, Art. 184

Textquellen: Schaffhauser Rechtsbuch, Bd. I, Nr. 21;
- Schaffhauser Rechtsbuch, Bd. IV, Nr. 309;
- Schaffhauser Rechtsbuch, Bd. I, Nr. 10

VG AR

EGzZGB AR, vom 27.4.1969/10.10.1969, Art. 262-268

Textquelle: Gesetzessammlung des Kts. AR, laufender Bd. IV (1967-1973), Nr. 504

VG AI

VO über das Dienstverhältnis der Behördemitglieder, Beamten und Angestellten des Kts. AI (Besoldungs-VO), vom 28.7.1955, Art. 5 und 37

Textquelle: Gesetzessammlung des Kts. AI, Bd. I, Nr. 151

VG SG — Gesetz über die Haftung der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten und die Verantwortlichkeit der Behörden, Beamten und öffentlichen Angestellten (Verantwortlichkeitsgesetz), vom 7.12.1959

Textquelle: Gesetzessammlung des Kts. SG, Neue Reihe, 6. Bd. (1969), S. 453ff.

VG GR — Gesetz über die Verantwortlichkeit der Behörden und Beamten und die Haftung der öffentlich-rechtlichen Körperschaften, vom 29.10.1944

Textquelle: BR, Bd. 1, 170.050 (vgl. Anhang I)

VG AG [2] — Gesetz über die Verantwortlichkeit der öffentlichen Beamten und Angestellten und über die Haftung des Staates und der Gemeinden für ihre Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz), vom 21.12.1939

Textquelle: Aargauische Gesetzessammlung, Bd. 3 (1939-1951), S. 29ff.

VG TG [2] — Gesetz über die Verantwortlichkeit der Behörden, Beamten und Angestellten, vom 25.9.1851

Textquelle: Thurgauer Rechtsbuch 1948, Bd. 1, Nr. 43, S. 188ff.

VG TI — Legge sull'ordinamento degli impiegati dello Stato e dei docenti, del 5.11.1954, Art. 21

Textquelle: Raccolta delle leggi TI, Bd. Ia, Nr. 54

VG VD — Loi sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents, du 16.5.1961; - Loi modifiant celle du 16.5.1961 sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents, du 8.9.1971

Textquellen: Vaud, Recueil des lois, tome 158 (1961), S. 197ff.; - Vaud, Recueil des lois, tome 168 (1971), S. 262

VG VS [2] — Verfassung des Kts. VS, vom 8.3.1907, Art. 21

Textquelle: Systematische Gesetzessammlung des Kts. VS, Bd. 1, Nr. 1

VG NE — Loi sur la responsabilité civile de l'Etat et des communes, du 2.12.1903; - Loi concernant le statut des magistrats et des fonctionnaires de l'Etat, du 6.2.1951, Art. 38

Textquellen: Recueil de la législation Neuchâteloise, 4e édition, tome I (1848-1945), p. 109; - Recueil de la législation Neuchâteloise, 2e édition, tome II (1945-1960), p. 260ff.

VG GE — Loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes, du 23.5.1900

Textquelle: Législation Genevoise, Recueil systématique, tome 1a, B 7/1

---

1 Das systematische Register des Landbuches für den Kt. OW (Stand 1.1. 1977) führt für das Verantwortlichkeitsgesetz vom 13. Wintermonat (= November) 1869 (vgl. Landbuch für den Kt. OW, I. Bd., S. 112ff.) als geltenden Erlass auf, obwohl dessen Art. 6 dem Art. 54 KV OW vom 19.5. 1968 widerspricht.

2 In Revision befinden sich gegenwärtig die Amtshaftungsordnungen der Kantone:

Zug — Es ist beabsichtigt, die originäre-verschuldensunabhängige Staatshaftung einzuführen.
Textquelle: (Auskunft der Justiz- und Polizeidirektion des Kts. ZG, vom 26.5.1976)

Aargau — Im Verfassungsentwurf AG, vom 1.12.1976, wird in § 39 die originäre-verschuldensunabhängige Staatshaftung vorgesehen. Das Gesetz soll die Haftung des Staates in Schadenfällen, welche auf rechtmässiges Handeln von Staatsorganen zurückgehen, regeln. Ebenfalls auf dem Gesetzesweg ist beabsichtigt, die Beamtenhaftung zu regeln.
Textquelle: Verfassung des Kts. AG, Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens (Aarau, Juli 1977) S. 144

Thurgau — Es liegt bereits ein redigierter Gesetzesentwurf vor, der die Einführung der originären-verschuldensunabhängigen

Staatshaftung sowie eine auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkte Beamtenhaftung vorsieht.
Textquelle: BOTSCHAFT TG

Wallis

Der Kt. VS beabsichtigt, durch Aenderung des Art. 21 der KV VS, vom 3.3.1907, die originäre-verschuldensunabhängige Staatshaftung und die auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkte Beamtenhaftung einzuführen. Das Weitere soll das Gesetz regeln.
Textquelle: BOTSCHAFT VS (mit Revisionsentwurf); vgl. dazu: BBl 129 (1977) II S. 224f.: Botschaft über die Gewährleistung der geänderten Verfassungen, u.a. Kt. VS (Verantwortlichkeit des Staates und seiner Beamten)

Zu erwähnen ist, dass auch im künftigen Kt. Jura beabsichtigt ist, die originäre-verschuldensunabhängige Staatshaftung einzuführen.

Verfassung des künftigen Kts. Jura, Art. 57, Haftung: "Der Staat und die Gemeinden haften für den Schaden, den Behörden und Beamte in Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit widerrechtlich verursachen."
Textquelle: BBl 129 (1977) II 264ff.: Botschaft über die Gewährleistung der Verfassung des künftigen Kts. Jura, vom 20.4.1977, S. 296; BBl 129 (1977) III 256f.: Bundesbeschluss über die Gewährleistung der Verfassung des künftigen Kts. Jura, vom 28.9.1977

SACHREGISTER

Zahlen = Seiten; FN = Fussnoten

Für den Benützer: Aus Haupt- und Eigenschaftswort zusammengesetzte Ausdrücke sind konsequent nur nach dem Hauptwort registriert (z.B.: Hand, öffentliche)

A

Abgrenzungsfragen
- zwischen leicht- und grobfahrlässiger Dienstpflichtverletzung 141ff.
- zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht 28ff., 35ff.

"Alles-oder Nichts-Prinzip" 132 FN 50, 133f., 283 FN 14

alterum non laedere 156

Amt 317

Amtshaftung 3, 6, 44ff., 51ff.; s.a. Haftung
- Anspruchsinstitute 86ff.
- historische Entwicklung 57ff.
- Haftungsmodelle 55, 86ff.
- für verletzte Interessen 124ff.

Amtshilfe, freundeidgenössische 199 FN 38

Amtskaution 357

Amtswalter 3 FN 8; s.a. Beamtenbegriff

Amtszwang 306 FN 5

Anstalt, öffentliche
- selbständige 337ff.
- unselbständige 339

Anstellungstheorie 89 FN 10, 198 FN 36f.

Antinomie, von Staat und Individuum 30

Anvertrauenstheorie 198 FN 37, 199, 351

B

Beamtenbegriff 3 FN 8
- funktioneller (=haftungsrechtlicher) 112, 193ff., 318

- staatsrechtlicher 195ff., 318

Beamtenhaftung 9; s.a. Haftung
- Anspruchsinstitute
  - interne 88ff.
    - für direkte Schädigung 90
    - für indirekte Schädigung 90f.
  - externe 87ff.
    - ausschliessliche 87
    - primäre 87
    - solidare 88
- Haftungsprinzip 270f.

Behörde 317

Bezirk, GR 322f.

C

case law 261

casum sentit dominus 22, 156

cura in eligendo sive custodiendo 65

D

Daseinsvorsorge 2, 31, 214 FN 59, 231, 276

Décharge-Bestimmung 296, 311

Departementalverwaltung vgl. Verwaltung

Dienststelle 317

Drittwirkung, der Grundrechte 33 FN 33

E

Eigentumsgarantie 123, 133, 249f.

Eingriffsverwaltung vgl. Verwaltung

Einwirkung
- durch polizeiliche Massnahmen 153, 154 FN 117
- rechtmässige 248 FN 7
- widerrechtliche 248 FN 7

Enteignung 52 FN 4, 246 FN 3, 248 FN 7

Entschädigungspflicht 8 FN 19, 39 FN 51; s.a. Haftpflicht und Schädigung

Entschädigungspositivismus vgl. Positivismus

Entschädigungsrecht 26, 51ff., 245ff.; s.a. Haftpflichtrecht

Erfolgsunrecht vgl. Unrecht

Etatismus 17

F

Fahrlässigkeit
- grobe 140ff.
- leichte 145
- Qualifizierung der F. bei Dienstpflichtverletzung 141ff.

Finanzvermögen 215 FN 65

Fiskalverwaltung vgl. Verwaltung

Fiskus 93

Fiskustheorie 66 FN 38, 375

Freiheit, persönliche 253

Funktionär 3 FN 8; s.a. Beamtenbegriff

Funktionsreinheit, Prinzip 34 FN 34, 179, 364, 375

Funktionstheorie 198 FN 36f.

G

Gefährdungshaftung vgl. Haftung

Gefahrensatz 153

Gemeinde, GR 324f.

Gemeindearten, GR 326ff.

Gemeindeautonomie 311 FN 18, 325 FN 28f.

Gemeindeverbände, GR 328ff.

Gemeinwesen 3 FN 7; s.a. Hand, öffentliche und Staat

Gemeinwohl 333

Genugtuung 135ff.

Geschäftsherrenhaftung vgl. Haftung

Gesetz
- Bindung des Richters an das G. 263
- Kalkulierbarkeit des G. 262
- Schutzgesetz 151, 180
- im materiellen Sinn 44 FN 74, 254 FN 40
- Vorbehalt des G. 254
- Vorrang des G. 254

Gesetzgebung, einfache 4 FN 10, 257 FN 58

Gesetzmässigkeit, Grundsatz 33; s.a. Legalitätsprinzip

Grundrechtsgüterbereich, existenzieller 185

H

Haftpflicht/Haftpflichtrecht 8 FN 19, 21ff.; s.a. Haftung
- Abgrenzungsfragen zwischen öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher H. 39ff.
- Allgemeine Voraussetzungen der Haftbarmachung 40, 46, 271
  - im Amtshaftungsrecht 121ff.
- öffentlichrechtliche 12, 27ff.
- privatrechtliche 9, 12, 27ff.

Haftung s.a. Amts-, Beamten-, Staatshaftung und Verantwortlichkeit
- ausservertragliche 8, 42
- Gefährdungshaftung 273
- des Gemeinwesens für falsch erteilte Auskünfte 126 FN 25, 179
- Geschäftsherrenhaftung 42, 241 FN 23
- Kausalhaftung, Arten 272ff.
- Mehrerer, nach dem VG GR 359
- Organhaftung 42, 109, 241 FN 22
- Organisationshaftung 174f.
- Produktehaftung 175 FN 187, 232 FN 6
- für rechtmässig verursachten Schaden 8 FN 23, 52 FN 4, 245f.
- Verbandshaftung vgl. Organisationshaftung
- Verhaltenshaftung 47f.
- Verschuldenshaftung 92, 267
- vertragliche 8
- Werkeigentümerhaftung 42
- Zustandshaftung 47

Haftungspräsumtion 273

Haftungsprinzip 267

Hand, öffentliche 3 FN 7; s.a. Gemeinwesen und Staat

Handlung, unerlaubte 8; s.a. Haftpflicht/Haftpflichtrecht

Handlungsunrecht vgl. Unrecht

Hoheitsverwaltung vgl. Verwaltung

I

Immunität, parlamentarische 319f.

Individualität 17

Interesse
- gleichartiges 281
- gleichrangiges 281
- kommensurables 282
- verletztes und Amtshaftung 124ff.

J

Justizschaden 207

K

Kanton, GR 322

Kausalhaftung vgl. Haftung

Kausalzusammenhang, adäquater 146ff.
- Alternativen 148ff.
- Kritik an der Lehre vom 147f.

Körperschaft, öffentlichrechtliche 332ff.

Kreis, GR 323f.

L

Lastengleichheit, Grundsatz 250ff.

Legalitätsprinzip 11 FN 32, 44 FN 74, 48, 246, 254ff.

Lehre vom Normzweck 148, 155ff., 186

Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang 148, 155ff., 186

Lehre von der Sozialadäquanz 155 FN 122

Leistungsstaat 31, 266, 276

Lücken/Lückenfüllung im öffentlichrechtlichen Haftpflichtschutz 37 FN 42, 46 FN 78, 49, 79 FN 90, 174, 219, 227, 229, 237ff., 243, 246

M

Mehrwert
- machtmässiger 176
- rechtlicher 38 FN 48, 176

Methode der Konsequenz 27 FN 3, 237 FN 12

Minimum, ethisches 17

Moment, autoritatives 18

N

Naturalrestitution 123 FN 12, 173 FN 179

neminem laedere 24 FN 42

Normenkontrolle
- abstrakte 204 FN 10
- konkrete 204 FN 11

Normenkontrollverfahren 204ff.

Normzwecklehre vgl. Lehre vom Normzweck

O

Organhaftung vgl. Haftung

Organisation, marktbeherrschende 32

Organisationshaftung vgl. Haftung

P

Person, juristische 73 FN 63

Positivismus
- Entschädigungspositivismus 256
- Rechtspositivismus 73 FN 66

pouvoirs intermédiaires 32, 212 FN 49, 268 FN 7

Prinzip
- "Alles-oder Nichts" 132 FN 50, 133f., 283 FN 14
- der Funktionsreinheit 34 FN 34, 179, 364, 375
- der Lastengleichheit 250ff.

Privatautonomie 33 FN 32, 231, 232 FN 6

Privatrecht, Verhältnis zum öffentlichen Recht 27ff., 38

Privilegierung, haftungsrechtliche 236 FN 8, 295 FN 13, 300

Produktehaftung vgl. Haftung

R

Realakt 221f.

Recht
- absolutes 158 FN 128
- geschriebenes 159 FN 130
- öffentliches 37, 38 FN 47
- relatives 158 FN 128, 185
- ungeschriebenes 159 FN 131

- wohlerworbenes 124

Rechtmässigkeit vgl. Gesetzmässigkeit

Rechtsakt 222f.

Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung 243, 256 FN 51

Rechtsgleichheit 240 FN 19

Rechtsgrund 248 FN 9

Rechtsgrundlage 43 FN 70, 248 FN 9

Rechtsgrundsätze 26 FN 51, 28 FN 5, 33

Rechtsmittel 129f., 179, 207

Rechtsnatur 11 FN 30

Rechtspersönlichkeit des Staates 93f.

Rechtsschöpfung, richterliche 256 FN 51

Rechtsschutzgewährleistung 172, 181

Rechtssetzungskompetenz
- im Bereich der externen Beamtenhaftung 76f.
- im Bereich der internen Beamtenhaftung 77f.
- im Bereich der Staatshaftung 78ff.

Rechtsstaatsidee, der Staatshaftung vgl. Staatshaftung

Rechtsstaatsprinzip 181

Rechtswidrigkeit vgl. Widerrechtlichkeit

Reflexschaden 155

Regress
- abgeleiteter 91
- originärer 91f.

S

Sache, im Gemeingebrauch 220 FN 83

Schaden 122ff.
- Reflexschaden 155
- Terror-/Tumultschaden 46 FN 79, 154 FN 117
- zwischenzeitlicher 127 FN 27, 207 FN 24

Schädigung
- indirekte (nichtfinale) 178, 216
- unvermeidbare 217 FN 70
- vermeidbare 217 FN 70

Schadenersatzanspruch, Umfang 133ff.

Schadenersatzbemessung 127ff.

Schadenersatzpflicht 8 FN 19, 39 FN 51; s.a. Haftpflicht

Schadenersatzrecht vgl. Haftpflicht/Haftpflichtrecht

Schadensakt, amtspflichtgemässer-rechtswidriger 161f., 165, 170, 178, 189; s.a. Staatsakt und Verrichtung

Schutzgesetz vgl. Gesetz

Selbständigkeit, administrative 339, 344, 349

Selbstverwaltungskörper 323 FN 13

si excessit privatus est 63

Sozialstaatsprinzip 181

Staat 3 FN 7; s.a. Gemeinwesen und Hand, öffentliche

Staatsakt, amtspflichtgemässer-rechtswidriger 161f., 165, 170, 178, 189, 213 FN 53; s.a. Schadensakt und Verrichtung

Staatshaftung
- Anspruchsinstitute 98ff.
  - originäre im positiven Recht 104ff.
    - originäre-verschuldensabhängige 105f.
    - originäre-verschuldensunabhängige 106ff.
  - originäre im rechtsdogmatischen Sinn 103f.; s.a. Organisationshaftung
  - primäre 100ff.
  - solidare (=solidarische) 98ff.
  - subsidiäre 98
- Funktion im materiellen Rechtsstaat 172ff.
- Haftungsformen
  - ausschliessliche 95
  - derivative 68 FN 46, 95
  - komplementäre 68 FN 46, 95
- Haftungsprinzip 271f.
- Merkmal der Hoheitlichkeit 177f.
- Merkmal der Unmittelbarkeit 174ff., 281
- Merkmal der Widerrechtlichkeit 178ff.
- Rechtsstaatsidee 189, 265, 279
- Uebersicht (=Grafik) 97
- als Verantwortlichkeit für eigenes/fremdes Verhalten 108ff.

Subjektionstheorie 38 FN 47, 363

Subjektstheorie, modifizierte 38 FN 47

Subordinationstheorie 38 FN 47

Subordinationsverhältnis 157, 216, 231, 268, 276, 282, 343, 348, 372f.

Subrogation 91

Suspensiveffekt vgl. Wirkung, aufschiebende

T

Terminologisches
- Grundsätzliches 9ff.
- im Staatshaftungsrecht 94ff.
- Verschiedenes 197f., 227ff., 267f., 316f.

Terror-/Tumultschaden 46 FN 79, 154 FN 117

Todesstrafe, zufällige 45 FN 76, 165, 171

tort moral vgl. Genugtuung

Treu und Glauben 126, 253

U

Ueberlegenheit, wirtschaftliche 212 FN 49

Unbill, immaterielle vgl. Genugtuung

Unrecht
- Erfolgsunrecht 45 FN 76, 104, 107, 165, 170f., 182, 185
- Handlungsunrecht vgl. Verhaltensunrecht
- judikatives 46 FN 79, 207f., 223
- legislatives 46 FN 79, 203ff.
- Verhaltensunrecht 45 FN 76, 104, 107, 165, 170f., 182, 186, 355

Unternehmen, gemischtwirtschaftliches 210

Unterordnungstheorie 38 FN 47

V

Verantwortlichkeit/Verantwortung 18ff.; s.a. Haftpflicht und Haftung
- Arten
  - disziplinarische 19, 322
  - politische 19
  - strafrechtliche 19, 322
  - vermögensrechtliche (=zivilrechtliche) 3 FN 6, 19 FN 19, 20
  - verwaltungsrechtliche 19
- für falsch erteilte Auskünfte 126 FN 25, 179
- von Staat und Beamten nach öffentlichem Recht vgl. Amtshaftung
- von Staat und Beamten nach Privatrecht 42ff.
- für eigenes Verhalten 107ff.
- für fremdes Verhalten 107ff.

Verantwortungsbereich 128, 156f., 170, 283
- der derivativen Staatshaftungsformen 164f.

- der originären Staatshaftung im rechtsdogmatischen Sinn 165ff.

Verbandshaftung vgl. Haftung

Verfügung, Begriff 222 FN 91

Verhaltenshaftung vgl. Haftung

Verhaltensunrecht vgl. Unrecht

Verhältnismässigkeitsprinzip 33

Verkehrssicherungspflicht 218 FN 73f., 221 FN 84

Verrichtung
- amtspflichtgemässe-rechtswidrige 45 FN 76, 213 FN 53: s.a. Schadensakt und Staatsakt
- Begriff 51 FN 2
- gewerbliche 6 FN 15, 9, 10 FN 27, 41, 236ff.
- hoheitliche 3, 6, 8, 48f., 202ff., 236ff.

Verschulden
- allgemeine Darstellung 136ff.
- objektiviertes 116, 137 FN 71, 187f.

Verschuldensdogma 267 FN 4

Verschuldenshaftung vgl. Haftung

Verwaltung
- Departementalverwaltung 36, 330, 340
- Fiskalverwaltung 210 FN 42, 214f.
- Eingriffsverwaltung (=obrigkeitliche Verwaltung) 31f., 209, 212ff.
- Hoheitsverwaltung, schlichte 210 FN 42, 214ff., 276, 371

Verwaltungsakt, zustimmungsbedürftiger 196 FN 24

Verwaltungsstaat 2

Verwaltungsvermögen 215 FN 65, 220 FN 83

Verwaltungsverrichtung, hoheitliche-rechtswidrige 209ff.; s.a. Verrichtung

Verwaltungszwang 33, 38 FN 48

Vorbehalt
- Eingriffsvorbehalt 255
- Totalvorbehalt 255
- unechter 75 FN 73, 233ff., 240

Vorrang des Gesetzes 254

Vorsatz 138f.

W

Werkeigentümerhaftung vgl. Haftung

Widerrechtlichkeit
- allgemeine Darstellung 158ff.
- im Amtshaftungsrecht 160ff.

Wirkung, aufschiebende 207 FN 24

Wohlfahrtsstaat 1

Z

Zentrum, medizinisches GR 367, 372

Zweckvermögen, personifiziertes 337

Zustandshaftung vgl. Haftung